DIE STILLE GESELLSCHAFT

NACH DEM HANDELSGESETZBUCHE

VOM 10. MAI 1897

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

OTTO WEISER

REFERENDAR IN MEISSEN.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1905.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0104

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Geschichtliche Einleitung 1
§ 2. Begriff der stillen Gesellschaft 9
§ 3. Juristische Natur der stillen Gesellschaft 12
§ 4. Die Errichtung der stillen Gesellschaft 20

Die Rechtsverhältnisse während des Bestehens der stillen Gesellschaft.

I. Nach innen.

§ 5. Die Einlage 30
§ 6. Der Geschäftsbetrieb 40
§ 7. Die Teilnahme am Gewinn und Verlust 45
§ 8. Wichtige Veränderungen während des Bestehens der stillen Gesellschaft 56

II. Nach außen.

§ 9. Die Vertretung 59
§ 10. Die Haftung 59
§ 11. Die Auflösungsgründe 70
§ 12. Die Wirkungen der Auflösung der stillen Gesellschaft 84

Literaturverzeichnis.

Adler, K., Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Auerbach, W., Das Gesellschaftswesen. Frankfurt a. M. 1861.

Band, O., Kommandit- u. stille Gesellschaft. Diss. Dillenburg 1895.

Bauer, J., Die stille Gesellschaft. Leipzig 1894.

Behrend, J. Fr., Lehrbuch d. Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1886.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Berlin 1885.

Borch, H. v., Das Recht der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches in seinem Verhältnis zum Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Rostock 1901.

Brinkmann, C. H. L., Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.

Cosack, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Cosack, K., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900—1901.

Crome, C., Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Dernburg, H., Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

Eberlein, M., Die stille Gesellschaft. Diss. Greifswald 1898.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.

Franck, H., Zur Lehre von der stillen Gesellschaft. Leipzig 1902.

Freese, C., Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Ein Vergleich. Diss. Greifswald 1877.

Gareis, K., Das deutsche Handelsrecht. 5. Aufl. Berlin 1896 und 6. Aufl. Berlin 1899.

Gerber, F. v., System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. 1895.

Goldschmidt, L., Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Lief. 1891.

Knoke, P., Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1901.

Lastig, G., in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- u. Wechselrechts Bd. 1 Buch 1 S. 704—758. Leipzig 1881.

Lastig, G., Die stille Gesellschaft. Habilitationsschrift. Halle 1871.

Löwenstein, J., Die stille Gesellschaft. Diss. München 1896.

Renaud, A., Das Recht der stillen Gesellschaften. Herausgegeben und ergänzt von P. Laband. Heidelberg 1885.

Renaud, A., Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.

Silberschmidt, W., Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum 13. Jahrhundert. Würzburg 1884.

Thöl, H., Das Handelsrecht. 6. Aufl. Bd. 1. Leipzig 1879.

Treitschke, K., Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und Kommandite. Leipzig 1844.

Kommmentare zum B.G.B. II, Das Recht der Schuldverhältnisse, von **Oertmann** 1899; **Planck** 1900.

Kommentare zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von **Hahn, Fr. v.,** Bd. 1. 3. Aufl. 1877; **Makower, H.,** 11. Aufl. 1893; **Puchelt, E. S.,** Bd. 1. 4. Aufl. 1893; **Staub, H.,** 3. u. 4. Aufl. Berlin 1896.

Kommentare zum neuen H.G.B. von **Lehmann-Ring** Bd. 1 Berlin 1902; **Staub, H.,** 6. u. 7. Aufl. Bd. 1. Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse. Amtl. Ausgabe. 2. unveränderte Aufl. Berlin 1896.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1858.

Bolze, A., Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Busch, F. B., Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Entscheidungen des **Reichsoberhandelsgerichts.**

Entscheidungen des **Reichsgerichts in Civilsachen.**

---

§ 1.

Geschichtliche Einleitung.

In verschiedener Weise gewährt unser heute geltendes Handelsrecht dem Privatmanne die Möglichkeit, sein Kapital gewinnbringend in einem Handelsgewerbe anzulegen, ohne selbst ein solches zu betreiben, ohne also den Geschäftsgläubigern für die in dessen Betriebe entstandenen Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen zu haften. Denn sowohl als stiller Gesellschafter sowie als Kommanditist oder Aktionär nimmt er an den Geschäftsverlusten nur in beschränktem Maße, nur bis zur Höhe seines eingezahlten bezw. versprochenen Einlagebetrages teil. Während er jedoch als Kommanditist bis zu diesem Betrage von den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, steht er als stiller Gesellschafter zu den Geschäftsgläubigern in keinem direkten Verhältnis.

Unentschieden ist bis zum heutigen Tage die Frage, ob bereits die Römer eine unserer stillen Gesellschaft ähnliche Form der Sozietät kannten oder nicht. Jedenfalls läßt sich dieselbe nach römischem Sozietätsrechte konstruieren,[1]) und nach der Meinung einiger nicht unbedeutender Juristen ist in der Stellung des heres non adscitus[1]) [2]) eines verstorbenen Mitgliedes einer societas

---

[1]) vgl. A. Renaud, Die St. Ges. S. 3.

[2]) vgl. Lastig in Endemanns Handbuch S. 710.

vectigalium die stille Gesellschaft zweifellos zu erkennen.[1]) Allerdings war in Rom das Bedürfnis, sich dieser Gesellschaftsform zu bedienen, um eine beschränkte Haftung des kapitalkräftigen Privatmannes herbeizuführen, kaum vorhanden, da bereits infolge allgemeiner Rechtsgrundsätze der dominus aus den Kontrakten des Sklaven wie der paterfamilias aus denen des filiusfamilias nur beschränkt, nur bis zur Höhe des peculium haftete, und gerade diese Form, Handel und Gewerbe durch gewaltunterworfene Personen zu betreiben, in Rom fast ausschließlich Anwendung fand.)[2]

Die wahre Grundlage der heutigen stillen Gesellschaft wie zugleich der Kommanditgesellschaft bildet die commenda, auch commendacio genannt. Hier gibt der eine Teil, der commendator, Geld oder andere vertretbare Sachen einem anderen, dem Unternehmer, der sich seinerseits zur Ausführung der verabredeten Handelsgeschäfte, welche bald im Verkaufe gewisser Waren, bald im Einkaufe solcher bestehen, und bald auf eine bestimmte, bald unbestimmte Zeit vereinbart sind, verpflichtet.[3]) Die commenda erscheint nun wiederum in zwei Formen. In der älteren leistet lediglich der eine Teil, der commendator, einen Kapitalsbeitrag, während der Unternehmer — der als tractator oder portator bezeichnet wird — nur seine Arbeitskraft und seine Fähigkeiten als Gegenwert einbringt. Hierbei erhält letzterer im Regelfalle den vierten Teil des erzielten Gewinnes. Beteiligen sich jedoch beide Parteien, commendator sowie tractator, mit einer Kapitalseinlage,

---

[1]) vgl. W. Silberschmidt, Die Commenda usw. S. 9f.
[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 4.
[3]) vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 259f.

wobei in der Regel der Beitrag des tractator nur halb so groß als der des commendator ist, so fällt der Gewinn beiden Teilen gleichmäßig zu. Diese Formen nennt Goldschmidt[1]) commenda mit „einseitiger“ und „zweiseitiger Kapitalsbeteiligung“, welch' letztere meist als societas maris bezeichnet wird. Diese societas maris diente anfangs vor allem zur Betreibung überseeischer Geschäfte, welche der tractator führte, während der commendator im Mutterlande blieb. Allmählich jedoch befaßte sie sich auch mit den Binnenhandelsgeschäften, nicht bloß einzelner, sondern auch der gewerbsmäßig betriebenen,[2]) und fand nicht nur in den See- und Handelsstädten Italiens, von wo sie allerdings ihren Ausgang genommen hatte, vielmehr auch in Frankreich und Deutschland weite Verbreitung. Stark begünstigt wurde letztere durch das kanonische Recht, welches jegliches Zinsnehmen als Wucher ansah und deshalb untersagte. Es war daher den Christen[3]) auch das entgeltliche Darlehn nicht gestattet. Zur Umgehung dieser Vorschriften half sich der Verkehr durch Rentenkauf, Kauf auf Wiederkauf, sowie vor allem durch Beteiligung an fremden Handelsbetrieben in Form der commenda. Hierbei war der erzielte Gewinn als auf rechtmäßige, dem kanonischen Zinsverbote nicht widerstreitende Weise erlangt anzusehen, da es sich ja um eine vom Recht gebilligte Sozietät handelte, — abgesehen von den Fällen, in welchen infolge spezieller Nebenverabredungen die wucherische Tendenz klar zutage trat, wie beispielsweise die Verabredung, der commendator solle nur am

[1]) vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 260 f.

[2]) vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 267.

[3]) Denn nur auf diese, nicht dagegen auf die Juden bezog sich dieses Verbot.

Gewinne beteiligt sein, als wucherisch galt und deshalb verboten war.[1])

Die societas maris erhielt im späteren Mittelalter gleichfalls eine doppelte Rechtsgestaltung; man unterschied eine societas per viam accommanditae und eine societas per modum participationis.[2]) Aus ersterer entwickelte sich die Kommanditgesellschaft unseres Handelsgesetzbuches, während letztere die Grundform der heutigen stillen Gesellschaft bildet. Dagegen verlor die alte commenda mehr und mehr an Bedeutung; heute kommt sie in ihrer ursprünglichen Gestaltung nur noch in der Übergabe einer Pakotille vor.[3]) Bei der societas per viam accommanditae handelte es sich um die Vereinigung eines oder mehrerer commendatoren mit einem tractator zur Betreibung gemeinsamer Geschäfte; dagegen lag im Falle der societas per modum participationis eine Beteiligung eines commendator an einem fremden Gewerbebetriebe vor. Diese letztere Form ist ausführlich und eingehend behandelt in den berühmten aus der Mitte des 16. Jahrhunderts stammenden Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam rebus, und, da sie die Grundform unserer heutigen stillen Gesellschaft bildet, soll im folgenden etwas ausführlicher auf das Wesen dieser participatio eingegangen werden.[4]) Es gibt hier der eine Teil — der commendans — einem fremden Kaufmann, der eine Einzelperson wie auch eine Handelsgesellschaft sein kann, eine bestimmte Geldsumme zur Anlage in dessen Handelsbetriebe, wogegen der commendans, gewöhnlich

[1]) vgl. Lastig in Endemanns Handbuch S. 711 f.
[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 5.
[3]) vgl. Renaud, K.Ges. S. 16.
[4]) vgl. Lastig S. 711 f.

als particeps bezeichnet, an dem in jenem erzielten Gewinn und Verlust teilnimmt, am Verlust jedoch in der Weise, daß er nur bis zur Höhe des gezahlten oder versprochenen Einlagebetrages haftet. Die Einlage selbst geht in das Eigentum des anderen Teiles über, dem alle Rechte an der Geschäftsführung ausschließlich zustehen; auch haftet letzterer allein für etwaiges Verschulden. Der particeps hat nur einen Anspruch auf Rechnungslegung und Einsicht der Bücher, sowie auf Auszahlung des ihm gebührenden Gewinnanteiles, die im Regelfalle bei Beendigung der participatio erfolgte, es wäre denn jährliche Abrechnung ausdrücklich vereinbart worden. Da der particeps als solcher von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, auch seine Beteiligung Dritten in keiner Weise ersichtlich zu sein braucht, so steht er zu den Gläubigern und Schuldnern des Geschäftsinhabers nur in mittelbarer Beziehung. Es enthält somit die participatio bereits alle Eigentümlichkeiten der heutigen stillen Gesellschaft.

Weitere gesetzliche Regelung fand die commenda in Frankreich vor allem durch die Ordonnanz Ludwigs XIV. sur le commerce des négocians et marchands, welche sich allerdings nur auf die hier als société en commandite bezeichnete italienische societas per viam accommanditae bezog, dagegen die participatio gar nicht berücksichtigte. Doch unterstellte Savary, einer der Redaktoren dieser Ordonnanz, irrtümlicherweise auch die italienische societas per modum participationis deren Bestimmungen. In der Praxis fanden beide Formen Anwendung, da beide nicht zu entbehren waren. Gerade die participatio, welche nicht unter die Ordonnanz von 1673 fiel, war um so wichtiger, als sie allein dem durch Gesetz wie durch Standesvorurteile vom Handelsbetriebe ferngehaltenen

Adel die Möglichkeit einer stillen Beteiligung bei Handelsunternehmungen offen ließ.[1])

Umgekehrt als in Frankreich hatte in Deutschland fast ausschließlich die participatio gesetzliche Regelung gefunden, so vor allem in der Reformatio Norimbergensis und Francofortensis, sowie im Lüneburger Stadtrecht, welche Gesetzesbestimmungen sämtlich der zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts angehören. — Das preuß. A.L.R., das ebenfalls nur die stille Gesellschaft regelte, bezeichnete den stillen Sozius aber gleichzeitig als associé en commandite (II; VIII § 651), indem es irrigerweise beide Ausdrücke für gleichbedeutend hielt. Dies änderte sich, als im Jahre 1808[2])[3]) der Code de commerce in Frankreich erschien. In Anlehnung an diesen suchte man nun auch in Deutschland nicht nur den Namen, sondern auch inhaltlich die Gesellschaftsform der société en commandite einzuführen, so daß nunmehr beide Gesellschaften, die alte participatio oder stille Gesellschaft sowie die société en commandite nebeneinander gesetzliche Anerkennung zu finden suchten. Diese Unklarheit der juristischen Begriffe, diese Unsicherheit hinsichtlich des Wesens jener beiden Gesellschaftsformen, welche sich nicht allein in der Gesetzgebung sondern auch in der Literatur[4]) wiederspiegelt und sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch steigerte, sollte erst mit Erlaß des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches im Jahre 1861 beseitigt werden. Denn

---

[1]) vgl. Renaud, K.Ges. S. 28.

[2]) vgl. Lastig S. 725—734.

[3]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 22f.

[4]) vgl. Treitschke, Gewerbeges. und Kommandite § 9 S. 17; Brinckmann, Handelsrecht § 54 S. 204; Auerbach, Das Gesellschaftswesen 1861 S. 127.

während noch das preuß. A.L.R. von 1794 und ebenso das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch ausschließlich die alte participatio regelten, ohne irgendwie auf die societas per viam accommanditae Rücksicht zu nehmen, fand in den späteren Entwürfen eines Handelsgesetzbuches, sowohl denen gewisser Einzelstaaten, so Württembergs, Nassaus aus den Jahren 1839 und 1842, als auch in dem 1849 erschienenen Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland eine völlige Verwirrung der Begriffe der participatio und société en commandite statt. In letzterem ist die Bezeichnung stille Gesellschaft bereits ganz verschwunden. Diese kehrt zwar in dem der Nürnberger Konferenz von 1857 vorgelegten Entwurf wieder, aber nur der Name, inhaltlich ist genau wie im Entwurf von 1849 lediglich die société en commandite geregelt. Allein die auf diese Gesellschaftsform bezüglichen Bestimmungen des Entwurfes wurden auf der Nürnberger Konferenz abgelehnt und einer Redaktionskommission zur Überarbeitung überwiesen. Erst letztere erkannte, daß es zwei Arten stiller Gesellschaften gebe und schied „ohne Einsicht freilich in die geschichtliche Entwicklung dieser beiden Vereinsformen“ die „alte Deutsche Gesellschaft“ von der nach ihrer Meinung für den modernen Handelsverkehr weit bedeutenderen „neuen stillen Gesellschaft“.[1]) Diese letztere erhielt von der Nürnberger Konferenz auf Vorschlag der Redaktionskommission den Namen „Kommanditgesellschaft“, während die „alte Deutsche Gesellschaft“ die Bezeichnung als „stille Gesellschaft“ beibehielt. Auch trat äußerlich eine Sonderung insofern ein, als die „Kommanditgesellschaft“ in das von den

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 36.

Handelsgesellschaften handelnde Buch II, die „stille Gesellschaft“ dagegen in Buch III des nach dritter Lesung im Jahre 1861 in den meisten deutschen Einzelstaaten als Gesetz publizierten Redaktionsentwurfs gestellt wurde. 1869 ist das alte Handelsgesetzbuch zum Norddeutschen Bundesgesetz und 1871 durch § 2 des Einführungsgesetzes zur Reichsverfassung vom 16. April 1871 zum Reichsgesetz erklärt worden.

Infolge der einheitlichen Gestaltung und Regelung des gesamten bürgerlichen Rechtes war auch eine Neubearbeitung des alten Handelsgesetzbuches notwendig geworden. Am 10. Mai 1897 erfolgte die Publikation des neuen Handelsgesetzbuches, das zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch am 1. Januar 1900 in Kraft trat. Man hat lange geschwankt, ob man das Institut der stillen Gesellschaft neben der Kommanditgesellschaft beibehalten solle oder nicht, aber, „da sich beide Gesellschaftsarten seit langen Jahren im Verkehr eingelebt haben und besondere Bedürfnisse befriedigen“,[1]) da ferner auch „das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches die Vorschriften über die stille Gesellschaft nicht entbehrlich macht“,[1]) so hat man die stille Gesellschaft beibehalten und sachlich fast unverändert in das neue Handelsgesetzbuch übernommen.

Bevor jedoch auf das heute geltende Recht der stillen Gesellschaft eingegangen wird, soll zum Schluß dieser geschichtlichen Einleitung noch in kurzen Worten die Entstehung und Bedeutung des Namens „stille Gesellschaft“ erörtert werden.[2])

Die Provisione der Università de' Mercanti zu

---

[1]) vgl. Denkschrift S. 182.

[2]) vgl. Lastig S. 720f. u. S. 328, 329.

Bologna aus dem Jahre 1583 bezeichnete die participatio zum ersten Male als compagnia secreta im Gegensatz zu der societas per viam accommanditae, welche als compagnia palese von ersterer unterschieden wurde. Die Bezeichnung der participatio als compagnia secreta, die übrigens auch schon vor 1583 bestanden hatte, kehrt dann im XVIII. Jahrhundert in österreichischen Gesetzen wieder. Diese sprechen bald von „geheimer Gesellschaft" und „geheimen Gesellschaftern", bald von „socii taciti", von welchem Ausdrucke sich wiederum die heute übliche Bezeichnung „stiller Gesellschafter" ableitet.

Was die Bedeutung des „still" oder „geheim" anlangt, so erklärt Lastig — entgegen der allgemeinen Ansicht —, es sei ohne Belang, ob das Publikum Kenntnis von dem Bestehen eines solchen Sozietätsverhältnisses habe oder nicht. Es beziehe sich das „still" oder „geheim" vielmehr auf die Buchhaltung. Es würden alle die participatio betreffenden Rechtsverhältnisse in das „Geheimbuch" des Geschäftsinhabers eingetragen, damit diese nicht zur Kenntnis des Geschäftspersonals kämen, welches nur die offenen Bücher führe. Es leite sich also von der Eintragung in das Geheimbuch ihre Bezeichnung als „stille" oder „geheime Gesellschaft" ab, nicht davon, daß sie weder eine besondere Firma noch Publizierung gegenüber den Geschäftsgläubigern erfordere, wie dies bei der Kommanditgesellschaft der Fall sei.

§ 2.

Begriff der stillen Gesellschaft.

„Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines

anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt", so lautete die Definition der stillen Gesellschaft im alten Handelsgesetzbuch.[1]) Diese wurde jedoch von verschiedenen juristischen Schriftstellern stark angefochten, so erklärte sie u. a. Renaud[2]) „für unvollständig und zu eng", und Lastig[3]) schreibt, „sie könne juristischen Anforderungen nicht genügen". Da es jedenfalls sehr schwierig ist, eine Definition der stillen Gesellschaft zu geben, welche allen Ansprüchen genügt, welche nicht bloß auf den Regelfall, sondern auch auf alle Spezialarten zutrifft, so hat es vielleicht auch aus diesem Grunde das neue Handelsgesetzbuch vorgezogen, überhaupt auf jegliche Definition zu verzichten. Es soll vielmehr, wie in der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs[4]) ausgeführt ist, der Begriff der stillen Gesellschaft den §§ 306 und 307 des Entwurfes, den jetzigen §§ 335 und 336 des neuen H.G.B. entnommen werden.

Was nun das Wesen der stillen Gesellschaft im einzelnen anlangt, so sei folgendes auf Grund der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs bemerkt:

1. Eine stille Gesellschaft kann stets nur zwischen zwei Personen durch Vertrag[5]) eingegangen werden, und zwar muß von diesen die eine ein Handelsgewerbe betreiben.[6])

2. Die Vermögenseinlage des einen Teils, des stillen

---

[1]) a. H.G.B. Art. 250 Abs. 1.
[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 70, 71.
[3]) vgl. Lastig S. 704.
[4]) vgl. Denkschrift S. 182.
[5]) H.G.B. § 336 Abs. 2.
[6]) H.G.B. § 335 Abs. 1.

Gesellschafters, muß in das Eigentum des andern Teils, des sogenannten Geschäftsinhabers, übergehen.[1])

3. Der Geschäftsinhaber betreibt das Handelsgewerbe unter seinem alleinigen Namen, er wird aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.[2]) Es gibt also keine besondere Gesellschaftsfirma und ebensowenig ein besonderes Gesellschaftsvermögen.

4. Der stille Gesellschafter hat jedoch Anspruch auf einen Teil des erzielten Gewinnes, wie er umgekehrt auch den Verlust anteilig mit zu tragen verpflichtet ist.[3]) Während das Gesetz aber besondere Verabredungen gestattet, wonach der stille Gesellschafter von der Teilnahme am Verlust ausgeschlossen werden kann,[4]) nimmt er kraft zwingender Gesetzesvorschrift stets am Gewinn teil. Auch hat das Gesetz der Höhe seines Gewinnanteiles keine Grenzen gesetzt, wohingegen er für den im Geschäftsbetriebe entstandenen Verlust nur bis zur Höhe des bereits eingezahlten bezw. versprochenen Einlagebetrages haftet.[5])

5. Nach Auflösung der stillen Gesellschaft ist der stille Sozius berechtigt, die Zurückerstattung seiner Einlage samt Gewinn bezw. unter Abzug des Verlustanteiles vom Geschäftsinhaber in Geld zu verlangen.[6])

---

[1]) H.G.B. § 335 Abs. 1.
[2]) H.G.B. § 335 Abs. 2.
[3]) H.G.B. § 336 Abs. 1.
[4]) H.G.B. § 336 Abs. 2 S. 1.
[5]) H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 1.
[6]) H.G.B. § 340 Abs. 1.

§ 3.

Juristische Natur der stillen Gesellschaft.

Höchst bestritten ist die Frage nach der juristischen Natur der stillen Gesellschaft. Es stehen sich zwei, ja drei Meinungen bedeutender Bearbeiter dieses Rechtsgebietes gegenüber. Nach der einen Ansicht ist die stille Gesellschaft ein darlehnsähnliches Vertragsverhältnis,[1]) andere bezeichnen sie als ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis,[2]) und endlich wird sie als eine Sozietät aufgefaßt.[3])

Im folgenden sollen die Gründe, die für die eine oder andere Annahme sprechen, auf ihren Wert und ihre Wichtigkeit geprüft und versucht werden, den wahren Charakter der stillen Gesellschaft festzustellen, wobei vor allem die beiden gegensätzlichen Ansichten von Lastig und Renaud zu berücksichtigen sind, denn die dritte Bezeichnung der stillen Gesellschaft als ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis ist zu allgemein und unbestimmt gehalten, als daß man hieraus besondere Schlüsse ziehen könnte.

Dagegen stützt sich die Auffassung der stillen Gesellschaft als Darlehn bez. darlehnsartiges Vertragsverhältnis einer- und als Sozietät andererseits auf Gründe höchst schwerwiegender Art.

Nach B.G.B. § 607 hat das Darlehn zum Inhalt, daß die eine Partei, der Darleiher, eine gewisse Menge vertretbarer Sachen auf die Gegenpartei überträgt,

---

[1]) vgl. Lastig S. 707.
[2]) So v. Hahn.
[3]) So Renaud, St. Ges. S. 90f.

während diese, der Dahrlehnsschuldner, sich zur Zurückerstattung des Empfangenen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet.[1]) Auch bei der stillen Gesellschaft handelt es sich um Hingabe einer bestimmten Geldsumme oder einer gewissen Menge anderer vertretbarer Sachen in der Weise, daß sie in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergehen. Dieser ist gleich dem Darlehnsschuldner zur Rückgabe des Empfangenen verpflichtet. Hat er jedoch in seinem Gewerbebetriebe Verlust erlitten, so nimmt der stille Gesellschafter an solchem teil und ist in diesem Falle nur berechtigt, seine Einlage abzüglich der ihn treffenden Verlustquote vom Geschäftsinhaber zurückzufordern, er wäre denn kraft besonderer Verabredung von der Beteiligung am Verlust überhaupt ausgeschlossen. Nur in letzterem Falle deckt sich somit die Rückgabepflicht völlig mit der beim Darlehn. Während aber der Dahrlehnsempfänger Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten muß, ist bei der stillen Gesellschaft nach H.G.B. § 340 Abs. 1 das Guthaben des stillen Sozius stets in Geld zu berichtigen. Doch ist dieser Umstand für die Entscheidung der Frage, ob die stille Gesellschaft richtiger als darlehnsartiges Vertragsverhältnis oder als Sozietät aufzufassen sei, nicht ausschlaggebend. Denn es finden sich auch andere Formen als direkte Übergabe der vertretbaren Sache, die zur Begründung eines Darlehns führen. So ist hier zu nennen der sogen. contractus mohatrae, der Vertrag, wonach dem Geldbedürftigen eine Ware zum Verkauf überlassen wird, damit er den Erlös als Dahrlehnssumme behalte,[2]) oder es übernimmt der Dahrlehnsempfänger

[1]) vgl. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts 3. Aufl. 1900 Bd. 1 S. 506.

[2]) vgl. Planck, B.G.B. II § 607, 2b.

Sachen zu einem Schätzungswerte,[1]) welcher als die geschuldete Darlehnssumme gilt. Beide Fälle sind vom B.G.B. in § 607 zwar nicht besonders geregelt, aber stillschweigend anerkannt,[1]) und durch sie wird es möglich, daß ein Darlehn auch durch Hingabe unvertretbarer Sachen zustande kommt, ebenso wie die Einlage des stillen Gesellschafters gleichfalls nicht bloß in vertretbaren Sachen zu bestehen braucht. Dagegen sind folgende Momente mit dem Wesen des Darlehns unvereinbar.

Unvereinbar mit dem Darlehn ist die der stillen Gesellschaft eigentümliche und regelmäßig vorhandene Teilnahme des stillen Sozius am Verlust; — dagegen spräche die Beteiligung am Gewinn, die nach absoluter Gesetzesbestimmung nicht ausgeschlossen werden kann,[2]) nicht unbedingt gegen dessen Annahme, zumal das Gesetz die Art der Vergütung für Gewährung eines Darlehns nicht absolut geregelt hat. Ein wesentlicher Unterschied liegt weiter darin, daß der Dahrlehnsvertrag ein Realvertrag, der stille Gesellschaftsvertrag ein Konsensualvertrag ist. Beim Darlehn wird das Schuldverhältnis begründet durch die tatsächliche Hingabe, erst wenn der andere Teil Eigentümer der zu übertragenden Sachen geworden ist, erlangt der Darleiher einen Rückforderungsanspruch aus dem Darlehn gegen jenen. Dagegen sind bei der stillen Gesellschaft der stille Sozius sowie der Geschäftsinhaber bereits mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages gegenseitig gebunden. Von diesem Augenblicke an kann der Geschäftsinhaber die Einzahlung der vereinbarten Einlage jederzeit for-

---

[1]) vgl. Planck, B.G.B. II § 607, 2c.
[2]) H.G.B. § 336 Abs. 2 S. 2.

dern, sofern nicht im Vertrage selbst ein besonderer späterer Zeitpunkt hierfür festgesetzt ist, und ist andrerseits der stille Gesellschafter von da ab bereits am Gewinn und Verlust beteiligt. Allerdings kennt das bürgerliche Recht auch beim Darlehn einen Konsensualvertrag nach § 610; doch stellt dieser keinen eigentlichen Darlehnsvertrag, sondern lediglich einen Vorvertrag über Gewährung eines Darlehns für die Zukunft dar, für welchen übrigens die clausula rebus sic stantibus gilt, d. h. die Befugnis des Darlehnsversprechenden, vom Vertrage zurückzutreten, wenn in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Diese Bestimmung trifft für die stille Gesellschaft ebenfalls nicht zu. Mit Abschluß des Vertrages sind beide Parteien unbedingt zur Einhaltung des Versprochenen verpflichtet. Während ferner beim Darlehn es rechtlich völlig gleichgültig ist, für welchen Zweck der Darlehnsempfänger das Darlehn aufgenommen hat, und in welcher Weise er es zu verwenden beabsichtigt, dient bei der stillen Gesellschaft die Einlage des stillen Sozius stets nur als Mittel zur Beteiligung an einem Handelsgewerbe. Der Darlehnsgläubiger hat in Ermangelung besonderer Verabredungen kein Bestimmungsrecht über die dem Darlehnsempfänger gegebene Summe. Gebraucht letzterer sie unwirtschaftlich, wird er zu deren Rückzahlung unfähig, so kann der Darleiher nur noch Befriedigung im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung suchen. Der stille Gesellschafter jedoch kann verlangen, daß seine Einlage von dem Geschäftsinhaber auch tatsächlich in dessen Handelsgewerbe verwendet wird, bildet ja die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines anderen eine wesentliche Voraussetzung der stillen Gesellschaft. Da der Ge-

schäftsinhaber das Handelsgewerbe völlig selbständig betreibt, so hat zwar der stille Gesellschafter kein Widerspruchsrecht, falls ersterer die Geschäftseinlage nicht bestimmungsgemäß gebraucht, doch steht ihm eventuell ein Anspruch auf Schadensersatz oder Auflösung der Gesellschaft zu. Fernerhin ist mit dem Wesen des Darlehns die gesetzliche Bestimmung [1]) unvereinbar, wonach ein Gläubiger des stillen Gesellschafters gemäß § 135 des H.G.B. analog den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften jederzeit, ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres selbige für diesen Zeitpunkt kündigen kann. Eine weitere Bestimmung, die ebenfalls lediglich für die stille Gesellschaft gegeben ist, besteht in dem Rechte des stillen Sozius auf Mitteilung der jährlichen Bilanz und auf Einsicht der Bücher und Geschäftspapiere behufs Prüfung der ersteren. Da eben der stille Gesellschafter mit dem Geschäftsinhaber weit enger verbunden ist, er im Regelfalle an Gewinn und Verlust mit beteiligt ist, so sind ihm auch diese Kontrollrechte zugestanden. — Sämtliche aufgeführte Unterscheidungsmerkmale sind so wesentlich und von so erheblicher Art, daß man die stille Gesellschaft auf keinen Fall als ein darlehnsartiges Vertragsverhältnis ansehen kann. Ob die gegenteilige von Renaud vertretene Ansicht mehr begründet ist, welcher die stille Gesellschaft als eine Sozietät auffaßt, mag in nachstehendem untersucht werden. — Zunächst ist festzustellen, daß nach der Einteilung und Bezeichnung im neuen Handelsgesetzbuch die stille Gesellschaft den Handels-

[1]) H.G.B. § 339.

gesellschaften des zweiten Buches des Handelsgesetzbuchs gegenübergestellt und selbständig im Abschnitt V, daselbst geregelt wird, womit jedenfalls schon äußerlich kundgetan werden soll, daß die stille Gesellschaft nicht zu den Handelsgesellschaften gehört. Ebenso war auch im alten Handelsgesetzbuch die stille Gesellschaft von den Handelsgesellschaften geschieden und wurde dort mit der sogen. Gelegenheitsgesellschaft im Buche III des alten Handelsgesetzbuchs gesondert behandelt. Von den Handelsgesellschaften unterscheidet sie sich vor allem durch das Fehlen einer gemeinsamen Firma sowie eines besonderen Gesellschaftsvermögens.

Daß aber andererseits das Gesetz die stille Gesellschaft als Gesellschaft angesehen wissen will, zeigt der Entwurf zum Handelsgesetzbuch, und beweist vor allem das Handelsgesetzbuch selbst, indem es in § 338 Abs. 2 und § 339 auf gewisse im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Vorschriften des Gesellschaftsrechtes ausdrücklich verweist.

Die Gesellschaft des B.G.B. § 705 f. ist eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen, welche die Förderung eines gemeinsamen Zweckes durch Zusammenwirken der Gesellschafter anstreben.[1]) Damit also eine Gesellschaft vorhanden sei, ist ein Vertrag erforderlich, denn ohne Vertrag gibt es keine Gesellschaft. In diesem verpflichtet sich jeder der Beteiligten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der verabredeten Weise zu fördern. Der Zweck muß also ein gemeinsamer sein, d. h. ein solcher sein, an dem sämtliche Gesellschafter Anteil haben und sich aus dessen Förderung einen Gewinn versprechen. Dies gilt in gleicher Weise bei

[1]) vgl. Planck II 14. Titel S. 451.

der stillen Gesellschaft; auch hier ist der Zweck ein gemeinsamer, nämlich die Erzielung eines möglichst hohen Geschäftsgewinnes, denn je höher letzterer, um so höher ist auch der Anteil des stillen Gesellschafters daran, und wurde mit Verlust gearbeitet, so trägt — im Regelfalle wenigstens – der stille Gesellschafter auch diesen anteilig. Es haben daher beide Parteien ein hohes Interesse an einem günstigen Geschäftsbetriebe, obgleich nach außen hin zwar der Geschäftsinhaber das Handelsgewerbe lediglich unter seinem Namen betreibt und aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet wird. Erst durch die Einlage des stillen Gesellschafters ist der Geschäftsinhaber möglicherweise in die Lage versetzt worden, seine durch jahrelange kaufmännische Tätigkeit erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in vorteilhafter Weise zu verwerten, und andererseits hat der stille Gesellschafter durch die Hingabe der Einlage im Vertrauen auf die Tüchtigkeit des Geschäftsinhabers Aussicht, einen Anteil an dem erzielten Gewinn zu erhalten, der im Verhältnis steht zu der von ihm mitgetragenen Gefahr bei ungünstigem Geschäftsgange. Wie schon ausgeführt, tragen beide Teile — denn bei der stillen Gesellschaft gibt es ja stets nur zwei Gesellschafter — bei zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes, der übrigens bei der stillen Gesellschaft stets ein vermögensrechtlicher ist, — liegt doch stets Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines andern vor —, wogegen es nach bürgerlichem Rechte[1]) sich durchaus nicht bloß um Vermögenszwecke, um die societas quaestus des gemeinen Rechtes zu handeln braucht, vielmehr jeder

[1]) vgl. Knoke S. 15.

beliebige andere Zweck, so wissenschaftlicher, religiöser oder gesellschaftlicher Art, verfolgt werden kann. Auch das Kontrollrecht, wie es im B.G.B. § 716 geregelt ist, findet sich, wenn schon in etwas beschränkterem Maße, bei der stillen Gesellschaft wieder, und steht dem Gläubiger eines stillen Sozius in ähnlicher Weise wie dem eines bürgerlichen Gesellschafters nach § 725 unter gewissen Voraussetzungen das Recht zur vorzeitigen Aufkündigung der Sozietät zu. Nur in einem Punkte unterscheidet sich die stille Gesellschaft wesentlich von der des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei ersterer gibt es nämlich kein Gesellschaftsvermögen. In § 335 Abs. 1 bestimmt das Gesetz, daß die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen, also Eigentum des Komplementars werden soll, wobei allerdings wieder eine andere Frage ist, in welcher Weise der Komplementar diese Einlage verwenden darf. Entgegen dieser speziellen Bestimmung des Handelsgesetzbuchs erklärt das B.G.B. in § 718 alle Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände für gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Doch ist hierbei zu beachten, daß die Vorschriften des 14. Titesl des B.G.B. über die Gesellschaft größtenteils dispositiver Natur sind, daß sie also nur im Zweifel, d. h. dann gelten sollen, wenn seitens der Gesellschafter keine besonderen Verabredungen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen sind; so ist auch diese Vorschrift des § 718 dispositiv. Wenn also das Vorhandensein eines besonderen Gesellschaftsvermögens die Regel bildet, so bedeutet doch der Mangel eines solchen nicht das Fehlen eines der Gesellschaft wesentlichen Erfordernisses. Anders steht es natürlich mit der Bestimmung

des § 705, welche absolute Geltung beansprucht, da sie ja überhaupt erst regelt, wann und unter welchen Verhältnissen eine Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts vorliegt.

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen die stille Gesellschaft zwar manche, auch teilweise erhebliche Abweichungen von der regelmäßigen Gestaltung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes aufweist, so sind diese andererseits keineswegs derart, daß sie dem grundsätzlichen Wesen der Gesellschaft überhaupt widersprächen. Es läßt sich demnach die stille Gesellschaft mit vollem Rechte als eine Sozietät bezeichnen.

In den folgenden Abschnitten soll nun des näheren auf das Recht der stillen Gesellschaft eingegangen werden.

§ 4.

Die Errichtung der stillen Gesellschaft.

a) Die Teilhaber.

Die stille Gesellschaft besteht stets nur aus zwei Teilhabern, dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts.

Hinsichtlich der Person des stillen Gesellschafters stellt weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch irgend welche besonderen Erfordernisse auf. Da § 335 Abs. 1 des H.G.B. mit den Worten beginnt: „Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt . . .“, ohne an das „wer“ irgend welche weitere Qualifikationen anzuknüpfen, so ist demnach jede rechts-

fähige Person, mag sie eine physische oder juristische sein, sowie jede Handelsgesellschaft in der Lage, sich an einem Handelsunternehmen als stiller Gesellschafter zu beteiligen. Betreffs der Person des Geschäftsinhabers setzt dagegen das Gesetz voraus, daß er ein Handelsgewerbe betreibe, mithin Kaufmann sei; und zwar muß er Inhaber, also Herr des Handelsgeschäfts, sein. Nach Renauds[1]) Ansicht war für den Komplementar, sofern er ein Einzelkaufmann war, stets Vollkaufmannseigenschaft erforderlich. Dies folgerte er aus Art. 251 und 257 des alten H.G.B., worin von der „Firma" des Geschäftsinhabers die Rede ist. Dieser Ansicht traten m. E. mit Recht v. Hahn[2]) und Behrend[3]) u. a.[4]) entgegen, denn in der Definition von Art. 250 sei, so führten sie aus, als Erfordernis der stillen Gesellschaft nur ein Handelsgewerbe, aber keine Firma genannt, und wenn in den Art. 251 u. 257 von einer Firma die Rede sei, so sollten sich diese Vorschriften eben nur auf solche Fälle beziehen, wo der Geschäftsinhaber eine Firma habe.[5]) Die Art. 251 u. 257 sind ins neue Handelsgesetzbuch nicht übernommen. Jedoch auch nach dessen Bestimmungen kann sich ein Minderkaufmann als Komplementar an einer stillen Gesellschaft beteiligen, wie sich aus der Vorschrift vom H.G.B. § 4 Abs. 2 mit Sicherheit folgern läßt, in der lediglich von der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft die Rede ist, während die stille Gesellschaft keine Erwähnung gefunden

---

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 72.

[2]) vgl. v. Hahn S. 770 Art. 250 § 7.

[3]) vgl. Freese S. 26; Behrend § 91 Anm. 6 S. 658.

[4]) vgl. Staub § 335 Anm. 8 S. 995; Lehmann-Ring § 335 Nr. 3 S. 664.

[5]) vgl. Staub Art. 250 § 2.

hat. Weiterhin ist zur Begründung einer stillen Gesellschaft erforderlich, daß der Geschäftsinhaber ein Gewerbe tatsächlich betreibe. Nicht genügt es, daß er zwar die Qualifikation als Kaufmann besitzt, ein Handelsgewerbe jedoch selbst nicht ausübt.[1]) Denn nur durch den tatsächlichen Gewerbebetrieb kann dem Erfordernis von H.G.B. § 336 Abs. 2, der Beteiligung des stillen Sozius am Gewinn, entsprochen werden.[2])[3])

Übrigens kann ein Kaufmann mehrere stille Gesellschafter annehmen, sofern dem nicht besondere Vereinbarungen entgegenstehen; und ebenso ist umgekehrt der stille Gesellschafter berechtigt, gleichzeitig bei verschiedenen kaufmännischen Betrieben als solcher einzutreten. Die an demselben kaufmännischen Unternehmen beteiligten stillen Gesellschafter stehen aber an sich in keinerlei Beziehung zueinander. Jeder bildet vielmehr mit dem Geschäftsinhaber eine besondere stille Gesellschaft, und dies selbst dann, wenn sich die einzelnen stillen Gesellschafter untereinander verbunden haben sollten. — Sind jedoch mehrere Personen zusammen nur mit einer Einlage beteiligt — es beerben z. B. mehrere einen stillen Gesellschafter —, so treten sie dem Geschäftsinhaber nur als ein stiller Gesellschafter gegenüber, so daß sie die ihnen gegenüber dem Komplementar zustehenden Rechte auch nur gemeinsam ausüben können.[4])

---

[1]) So z. B. die Aktiengesellschaft, welche gemäß H.G.B § 210 Abs. 2 stets als Handelsgesellschaft, mithin nach § 6 stets als Kaufmann gilt, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betriebe eines Handelsgewerbes besteht.

[2]) Lehmann-Ring § 335 S. 665 Anm. 5.

[3]) Behrend § 91 Anm. 9 S. 659.

[4]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 74.

b) Der Vertrag.

Errichtet wird die stille Gesellschaft durch Abschluß eines Vertrages zwischen den beiden Gesellschaftern, denn nach den oben erfolgten Ausführungen ist diese eine Abart der bürgerlichen Gesellschaft, deren Vorschriften ergänzend auf jene Anwendung finden. Ohne Vertrag aber gibt es keine Gesellschaft.[1]) Sobald dieser zustande gekommen ist, beginnt die rechtliche Wirksamkeit der stillen Gesellschaft, sofern nicht vertragsmäßig deren Beginn auf einen späteren Zeitpunkt festgelegt ist. Soll jedoch die Beteiligung des stillen Sozius an einem erst zu begründenden Handelsgeschäfte stattfinden, so fällt der Beginn der stillen Gesellschaft mit der Eröffnung des Handelsgewerbebetriebes zusammen. Was die Form dieses Vertrages anlangt, so bestimmte das alte Handelsgesetzbuch ausdrücklich in Art. 250 Abs. 2, daß zu seiner Gültigkeit weder Schriftlichkeit noch sonstige Förmlichkeiten erforderlich seien. Diese spezielle Bestimmung ist in das neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden. „Vielmehr genügen", wie die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs ausführt, „die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, denen zufolge die Form nur ausnahmsweise erforderlich sein wird." Denn grundsätzlich gilt nach bürgerlichem Recht für Verträge die Formfreiheit, und nur für bestimmte Fälle bestehen ausnahmsweise gewisse Formvorschriften. Beispielsweise bedarf der Sozietätsvertrag gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, wenn der stille Gesellschafter als Einlage sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben ein-

[1]) vgl. Knoke S. 12.

zubringen oder mit einem Nießbrauche zu belasten verspricht,[1]) oder wenn er ein Grundstück als Einlage hinzugeben sich verpflichtet.[2]) Tatsächlich freilich wird wohl in Anbetracht der Bedeutung des ganzen Verhältnisses ein schriftlicher Vertrag im Leben die Regel bilden, den die Parteien, sofern sie geschäftsfähig sind, im allgemeinen auch selbst abschließen werden. Für geschäftsunfähige Personen handeln deren gesetzliche Vertreter und für die Handelsgesellschaften deren vertretungsberechtigte Organe. Mit Recht hält Staub[3]) sowohl den offenen Handelsgesellschafter wie den Vorstand einer Aktiengesellschaft zum gültigen Abschluß eines Vertrags behufs Aufnahme eines stillen Sozius ohne weiteres für befugt, ohne daß ersterer zuvor die Genehmigung der nicht vertretungsberechtigten offenen Gesellschafter und letzterer die der Generalversammlung einzuholen braucht, da deren Vertretungsmacht nach außen hin so weit reicht. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Renaud,[4]) Behrend[5]) und betreffs der offenen Handels- sowie Kommanditgesellschaft auch Puchelt[6]) und Lehmann-Ring.[7]) Allerdings macht sich der vertretungsberechtigte Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern[8]) bezw. der Vorstand den Aktionären[9]) haftbar, wenn er die ihm vertragsmäßig gesteckten Grenzen seiner Vertretungs-

---

[1]) vgl. B.G.B. § 311.
[2]) vgl. B.G.B. § 313.
[3]) vgl. Staub § 335 S. 998 Anm. 23.
[4]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 96/97.
[5]) vgl. Behrend § 91 Anm. 8.
[6]) vgl. Puchelt Art. 250 S. 657 Nr. 12.
[7]) vgl. Lehmann-Ring § 335 S. 667 Nr. 12.
[8]) vgl. H.G.B. § 116 Abs. 1 u. 2 u. § 126.
[9]) vgl. H.G.B. § 235.

macht hierdurch überschreitet; doch bleibt der von ihnen abgeschlossene Sozietätsvertrag Dritten gegenüber durchaus rechtsbeständig.

Den Inhalt des Vertrages anlangend, muß dieser deutlich ergeben, daß es sich um eine stille Gesellschaft handeln soll. Er muß zweifellos die Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe mit einer bestimmten Vermögenseinlage erkennen lassen, lediglich die Bezeichnung als stille Gesellschaft im Vertrage reicht nicht aus.[1]) Umgekehrt schadet die Bezeichnung eines Verhältnisses, das tatsächlich alle wesentlichen Merkmale einer stillen Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs an sich trägt, mit einem anderen Namen keineswegs. Es kommen in diesem Falle doch die Vorschriften über die stille Gesellschaft zur Anwendung.[2]) Ist im Vertrage nur bestimmt, daß es sich um Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe gegen Hingabe einer bestimmten Einlage handeln soll, so treten die Vorschriften vom H.G.B. § 335 und § 336 ergänzend in Kraft, so über die Teilnahme des stillen Sozius am Gewinn und Verlust, deren Höhe der Richter nach freiem Ermessen festsetzt, und über den Übergang der Einlage in das Eigentum des Komplementars. Im übrigen können die Parteien Vereinbarungen beliebiger Art treffen, soweit sich solche überhaupt mit dem grundsätzlichen Wesen der stillen Gesellschaft vereinen lassen, z. B. Verabredungen über die Art der Einlage, über die Höhe der Anteilnahme an Gewinn und Verlust, über die Verpflichtung des Geschäftsinhabers, vor der Vornahme gewisser Arten von Geschäften die Zustimmung des stillen

---

[1]) vgl. R.G.E. Bd. 20 S. 166 Nr. 36.

[2]) vgl. R.G.E. Bd. 30 S. 57 Nr. 17.

Sozius einzuholen. Richtig ist ferner, wenn Renaud schreibt, daß eine stille Gesellschaft „zwar nicht durch eine stillschweigende Übereinkunft errichtet", aber „stillschweigend fortgesetzt werden könne", indem im letzteren Falle die bisher geltenden Vereinbarungen auch weiterhin bei Bestand bleiben.[1])

c) Die Firma.

Da die stille Gesellschaft nach außen nicht hervortritt, vielmehr ein rein internes Verhältnis bildet, das Dritten nicht kundgetan zu werden braucht noch soll — ist ja überhaupt das Handelsregister der stillen Gesellschaft verschlossen[2]) —, so darf auch die Firma keinen besonderen auf ein Gesellschaftsverhältnis hinweisenden Zusatz enthalten. Die Firma des Komplementars, der das Geschäft allein, wenn auch auf gemeinschaftliche Rechnung betreibt, bildet daher zugleich die Gesellschaftsfirma. Ist er ein Minderkaufmann,[3]) so führt er, da er nach H.G.B. § 4 Abs. 1 als solcher keine Firma haben kann, die Geschäfte lediglich unter seinem bürgerlichen Namen.

Soweit eine Firma in Betracht kommt, ist vor allem zu unterscheiden, ob es sich um eine neubegründete oder abgeleitete handelt. Die neubegründete Firma muß den tatsächlichen Verhältnissen des Geschäftsinhabers entsprechen; es gilt das Prinzip der Firmenwahrheit. Der Komplementar darf als Firma, sofern er ein Einzelkauf-

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 98; dagegen Behrend § 91 III S. 663.

[2]) vgl. Thöl § 109, 2 S. 360.

[3]) Denn dies schließt die Möglichkeit, sich an einer stillen Gesellschaft zu beteiligen, nicht aus, wie oben S. 21 der Abhandlung schon dargetan ist.

mann[1]) ist, nur seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen führen, und ebensowenig ist er, wenn er erst später einen stillen Gesellschafter aufnimmt, berechtigt, einen Zusatz beizufügen, der ein Gesellschaftsverhältnis andeuten könnte.[2]) Ist entgegen dieser Vorschrift der Name des stillen Gesellschafters allein in der Firma enthalten, so erscheint er als Inhaber des Handelsgewerbes und wird aus den im Betriebe abgeschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Steht jedoch sein Name neben dem des Komplementars, oder enthält dessen Firma einen Gesellschaftszusatz, so ist jeder Dritte berechtigt, hieraus auf das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft zu schließen, bei der jeder Gesellschafter unbeschränkt und unmittelbar haftet.[3])

Nach Art. 257 des a. H.G.B. haftete der stille Gesellschafter den Geschäftsgläubigern stets persönlich und solidarisch, sofern sein Name überhaupt in der Firma des Inhabers des Handelsgewerbes enthalten war. Durch diese Bestimmung war der praktisch ziemlich häufig eintretende Fall, daß ein Kaufmann sein Geschäft, das er unter seinem bürgerlichen Namen als Firma bisher betrieben hatte, mit dieser an einen Dritten veräußerte, sich aber hieran noch weiterhin als stiller Gesellschafter beteiligte, ausgeschlossen. Denn, da die Firma des Geschäftsinhabers den Namen des stillen Gesellschafters enthielt, haftete letzterer kraft Gesetzes gleich einem offenen Handelsgesellschafter persönlich und solidarisch. Trat jedoch der bisherige Inhaber aus dem Geschäft ganz

[1]) Anders wenn der Komplementar selbst eine Handelsgesellschaft ist, diese behält natürlich ihre Gesellschaftsfirma bei.

[2]) vgl. H.G.B. § 18 Abs. 1 u. 2.

[3]) R.G.E. Bd. 31 S. 39.

aus, so konnte der Erwerber gemäß Art. 22 u. 24 des a. H.G.B. die alte Firma fortführen. Diese Bestimmung des Art. 257 ist in das neue Handelsgesetzbuch nicht übernommen worden. Im Falle der abgeleiteten Firma kann vielmehr auch der Name des stillen Gesellschafters in ihr enthalten sein. Hierfür gelten jetzt lediglich die allgemeinen Vorschriften von H.G.B. §§ 21 f.

Bestritten ist hinsichtlich des Art. 257 sowie bei inkorrekter Firmenführung im Falle der Neubegründung einer solchen, ob die solidarische Haftung auch dann eintreten solle, wenn den stillen Gesellschafter kein Verschulden trifft. Thöl,[1]) sowie Staub[2]) sehen von jedem Verschulden ab und lassen den stillen Gesellschafter stets haften, wenn nur sein Name in der Firma des Komplementars enthalten ist.[3]) Dagegen setzen Behrend,[4]) von Hahn[5]) und Puchelt[6]) u. a. für die Haftung ein Verschulden des stillen Sozius voraus. Das Reichsoberhandelsgericht[7]) hat jedoch unentschieden gelassen, „ob die bezeichnete strenge Auffassung im Geiste des Gesetzes begründet sei oder nicht".

Wenn Thöl[8]) seine Ansicht darauf stützt, daß „das Handelsgesetzbuch unter dem Mißbrauch des Vertrauens den sorglosen stillen Gesellschafter und nicht den Dritten leiden lassen will", so ist dem entgegenzuhalten, daß im Handelsverkehr überhaupt keine absolute Firmenwahr-

---

[1]) vgl. Thöl § 111 S. 374 Anm. 21.
[2]) vgl. Staub Art. 257 S. 663 § 3.
[3]) Auch Renaud, St. Ges. S. 148 ist dieser Ansicht.
[4]) vgl. Behrend § 95, 1 Anm. 4 S. 683f.
[5]) vgl. v. Hahn Art. 257 S. 776 § 2 Anm. 1.
[6]) vgl. Puchelt Art. 257 S. 666 Nr. 1.
[7]) vgl. R.O.H.G. Bd. 23 S. 55f.
[8]) vgl. Thöl § 111 S. 374 Anm. 21.

heit besteht, vielmehr — abgesehen von dem oben besprochenen Fall der Neubegründung eines Geschäfts — durch Übertragung eines bestehenden Handelsgeschäftes nebst Firma auf einen neuen Erwerber in einer großen Reihe von Fällen die Firma mit dem wirklichen Namen des Geschäftsinhabers nicht übereinstimmt, und daß mit dieser Tatsache jeder Kaufmann zu rechnen hat. Entspricht es doch auch der Billigkeit, diese strenge Haftung nur im Falle des Verschuldens eintreten zu lassen. Dies Erfordernis setzte der Entwurf eines Handelsgesetzbuches ausdrücklich voraus, der im § 310 den stillen Gesellschafter nur haften ließ, wenn sein Name mit seiner Zustimmung in die Firma des Komplementars aufgenommen war. Das neue Handelsgesetzbuch überläßt die Entscheidung dieser Frage vollständig dem richterlichen Ermessen, da es selbst diesen § 310 des Entwurfes nicht aufgenommen hat. Es ist wohl die Annahme begründet, daß auch der Richter in Anlehnung an die Bestimmung des Entwurfes unter Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalles das Verschuldungsprinzip seiner Entscheidung zugrunde legen wird.

Der Komplementar ist natürlich verpflichtet, seine Firma sowie den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.[1]) Stellt er diesen Antrag nicht rechtzeitig, oder gebraucht er eine ihm nicht zustehende Firma, so wird er vom Registerrichter zur Befolgung der gegebenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen, deren einzelne den Betrag von dreihundert Mark nicht überschreiten darf, angehalten.[2])

Jeder weitere, auf den unbefugten Gebrauch einer Firma sich gründende Anspruch auf Schadensersatz bestimmt sich nach Civilrecht.

[1]) vgl. H.G.B. § 29. — [2]) vgl. H.G.B. § 37 Abs. 1 u. § 14.

Die Rechtsverhältnisse während des Bestehens der stillen Gesellschaft.

I. Nach innen.

§ 5.

Die Einlage.

Zu den wesentlichen Erfordernissen einer stillen Gesellschaft gehört vor allem die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Einlage, denn es würde weder eine stille Gesellschaft noch überhaupt eine Gesellschaft vorliegen, wenn der stille Gesellschafter keine Leistung zu erbringen hätte, sondern lediglich am Gewinn partizipierte.

Welcher Art die Einlage sein kann, wann und in welcher Weise deren Einbringung zu erfolgen hat, soll in den nachfolgenden Abschnitten dieser Abhandlung des näheren dargetan werden.

a) Die Art der Einlage.

Das alte wie das neue Handelsgesetzbuch[1]) redet lediglich von einer Vermögenseinlage, ohne im übrigen weitere Erfordernisse hinsichtlich des Objektes aufzustellen. Es muß demnach die Einlage einen Vermögens-

[1]) vgl. a. H.G.B. Art. 250 Abs. 1, n. H.G.B. § 335 Abs. 1.

wert darstellen, womit freilich durchaus noch nicht gesagt sein soll, daß sie nur in Geld bestehen könne. Wenn das alte Handelsgesetzbuch in Art. 252 noch die Bestimmung hinzufügte, sie solle in „das Eigentum" des Geschäftsinhabers übergehen, so ist dieser Ausdruck allgemein im weitesten Sinne aufgefaßt worden,[1]) indem man Eigentum hier mit Vermögen identifizierte und nicht nur körperliche Sachen — denn nur diese können streng genommen in das Eigentum eines anderen übertragen werden —, sondern auch unkörperliche Sachen, wie Forderungsrechte zuließ. Um jeden Zweifel zu beseitigen, hat der dem Art. 252 des a. H.G.B. entsprechende § 335 des n. H.G.B. eine abgeänderte Fassung erhalten, wonach die Einlage in das „Vermögen" des Komplementars übergehen soll, und zwar, wie in der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches ausgeführt ist, aus dem doppelten Grunde, weil die neue Fassung „auch für solche Gegenstände zutrifft, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauche überläßt", und weil ferner hierdurch ersichtlich gemacht ist, daß zum Eigentumsübergange der als Einlage bestimmten Gegenstände die nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechtes vorgeschriebenen Übertragungshandlungen erforderlich sind. – In weitaus der größeren Zahl der Fälle besteht die Einlage des stillen Gesellschafters in Hingabe einer bestimmten Geldsumme. Doch bilden bestimmte Quantitäten vertretbarer, verbrauchbarer oder beweglicher körperlicher Sachen gleichfalls geeignete Einlageobjekte. Ebenso kann der stille Gesellschafter seiner Einlageverpflichtung dadurch nachkommen, daß

---

[1]) vgl. Lastig S. 705 § 137 I,1; Behrend § 91 Anm. 11 S. 660.

er ein ihm zustehendes Forderungs-, Nutzungs-, Gebrauchs- oder sonstiges Recht auf den Komplementar überträgt. Es kann sich beispielsweise handeln um Einbringung eines Patentes, um Überlassung eines gewissen Kundenkreises oder um Mitteilung von Fabrikationsgeheimnissen. Insoweit stimmen fast sämtliche Schriftsteller überein, vor allem Renaud,[1]) Lastig,[2]) Behrend,[3]) v. Hahn[4]) u. a. Kontrovers ist dagegen die Frage, ob die Einlage des stillen Gesellschafters auch in Arbeits- oder Dienstleistungen bestehen könne. Diese Möglichkeit leugnet Lastig,[5]) sowie Staub[6]) in der neueren Auflage seines Kommentars zum Handelsgesetzbuch, während er in der älteren der entgegengesetzten Meinung ist und gleich Renaud,[7]) Behrend,[8]) Puchelt,[9]) Lehmann-Ring[10]) u. a. auch Dienste als geeignete Vermögenseinlage ansieht.

Lastig ist der Ansicht, daß lediglich eine Arbeitseinlage nicht hinreiche, um eine stille Gesellschaft zu errichten, und begründet seine Meinung damit, daß in diesem Falle gewisse Bestimmungen über die stille Gesellschaft überhaupt nicht zur Anwendung kommen könnten. Es könne „weder von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil“ (§ 337 Abs. 2 S. 1), noch

---

[1]) vgl. Renaud S. 77.

[2]) vgl. Lastig § 137, 1 S. 705 f.

[3]) vgl. Behrend § 91 IIc S. 660.

[4]) vgl. v. Hahn Art. 250 S. 770 § 8.

[5]) vgl. Lastig § 137 S. 705.

[6]) vgl. Staub a. Aufl. Art. 250 S. 643 § 4, n. Aufl. § 335 S. 997 Anm. 14.

[7]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 80 f.

[8]) vgl. Behrend § 91 S. 660.

[9]) vgl. Puchelt Art. 250 Nr. 10 S. 656.

[10]) vgl. Lehmann-Ring § 335 S. 665 Nr. 7.

von „einer Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung des Anteils des stillen Sozius am Verlust erforderlich ist“ (§ 341 Abs. 2), noch von „Rückzahlung der Einlage in Geld“ (§ 340 Abs. 1), und ebensowenig von „einer Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger“ (§ 341 Abs. 1) die Rede sein. Dem ist entgegenzuhalten, daß manche Bestimmungen im Rechte der stillen Gesellschaft nicht unbedingt, sondern nur im Regelfalle Anwendung finden. Dies gilt auch von der Teilnahme des stillen Gesellschafters am Geschäftsverluste. Ist sie jedoch im konkreten Falle ausgeschlossen, was auch anzunehmen ist, sofern die Einlage des stillen Gesellschafters nur in Dienstleistungen besteht, so kann die Vorschrift von § 337 Abs. 2 S. 1 überhaupt keine Berücksichtigung erfahren. Überdies ist aber noch zu beachten, daß jede Einlage einen Vermögenswert haben muß. Besteht sie also nicht an sich bereits in einer bestimmten Geldsumme, so muß doch die Möglichkeit vorliegen, den Wert der Leistung in Geld feststellen zu können, mag sie nun in Einbringung körperlicher Sachen, in Übertragung eines Forderungsrechtes oder lediglich in der Überlassung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes bestehen. Denn dieser durch Schätzung festgesetzte Geldbetrag muß vom Komplementar bei Auflösung der Sozietät an den stillen Gesellschafter zurückgezahlt[1]) werden, und nur bis zu dessen Höhe nimmt letzterer im äußersten Falle am Verluste teil.[2]) Dagegen ist nicht erforderlich, daß dieser Betrag sogleich bei Abschluß des

[1]) vgl. H.G.B. § 340 Abs. 1.
[2]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 1.

Gesellschaftsvertrags berechnet und aufgenommen wird, da ja hier, anders als bei der Kommanditgesellschaft[1]) keine Eintragung ins Handelsregister zu erfolgen hat, bei welcher der Betrag der Einlage angegeben werden müßte. Ebenso wie bei Einbringung anderer Objekte als einer Geldsumme für die Berechnung und Beteiligung an Gewinn und Verlust deren Vermögenswert maßgebend ist, gilt dasselbe auch für den Fall, daß sich die Einlage des stillen Sozius lediglich auf Dienstleistungen, z. B. die technische Leitung des gesamten Fabrikbetriebes in dem Unternehmen des Komplementars, beschränkt. Würde der stille Gesellschafter diese Dienstleistungen nicht erbringen, so wäre der Komplementar genötigt, zu deren Vornahme einen Gehilfen gegen eine bestimmte jährliche Vergütung in Höhe von beispielsweise 2000 Mk. anzustellen. Und nimmt man weiter an, es habe sich der stille Gesellschafter zur unentgeltlichen Leistung solcher Dienste auf fünf Jahre verpflichtet, so würde seine Einlage einen tatsächlichen Wert von 10 000 Mk. repräsentieren. Ein Fall dieser Art kann besonders dann vorliegen, wenn der stille Sozius nicht willens ist, in ein untergeordnetes Verhältnis, wie das eines commis intéressé, einzutreten, andererseits aber der Geschäftsinhaber ihn wegen seiner umfassenden und vielseitigen Geschäftskenntnisse sowie wegen seiner langjährigen praktischen Erfahrung in seinem Unternehmen nicht entbehren möchte. Die Ansicht, daß Dienste eine geeignete Vermögenseinlage bilden können, findet eine weitere Bestätigung noch darin, daß im Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, das bei der stillen Gesellschaft ergänzend zur Anwendung kommt, ausdrücklich die Bestimmung enthalten ist, wo-

[1]) vgl. H.G.B. § 162 Abs. 1.

nach der Beitrag eines Gesellschafters in der Leistung von Diensten bestehen kann,[1]) obgleich doch auch das B.G.B. in § 707 von einer Verminderung der Einlage durch Verlust spricht. Schwierig kann allerdings im Einzelfalle die Entscheidung werden, wenn es sich darum handelt, festzustellen, ob ein zwischen zwei Personen abgeschlossener Vertrag ein stiller Gesellschaftsvertrag oder der Dienstvertrag eines commis intéressé sei. Man muß der Meinung Staubs[2]) unbedingt beipflichten, der im Zweifel stets einen Dienstvertrag als vorliegend erachtet wissen will, sofern jemand nur Dienstleistungen gegen Anteil am Gewinn und Verlust versprochen hat. „Wer nichts in die Schanze zu schlagen hat als seine Arbeitskraft, der ist der dienende Teil.“[3]) Doch gilt es eben nur im Zweifel, während sehr wohl im Einzelfalle ein stiller Gesellschaftsvertrag vorliegen kann.

Über den rechtlichen Unterschied, der zwischen einem stillen Gesellschafter und einem commis intéressé besteht, mag an dieser Stelle noch folgendes bemerkt werden. Das Wesen jeder Gesellschaft besteht darin, daß sich zwei oder mehrere Personen verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes durch gegenseitige Beiträge zu fördern.[4]) Entscheidend ist daher auch bei der stillen Gesellschaft der Umstand, daß es sich handelt um Erreichung eines Zweckes, der sowohl dem stillen Gesellschafter als dem Komplementar zugute kommen soll. Dagegen stehen sich die Interessen des commis intéressé und des Dienstherrn grundsätzlich

---

[1]) vgl. B.G.B. § 706 Abs. 3.

[2]) vgl. Staub a. Aufl. Art. 250 S. 643 § 4; vgl. Crome § 22 S. 154.

[3]) vgl. auch R.G.E. Bd. 33 S. 130.

[4]) vgl. B.G.B. § 705.

völlig gegenüber. Jeder verfolgt lediglich den eignen Vorteil und verbindet sich mit dem anderen nur, um seine Sonderabsichten umso besser zu erreichen. Der commis intéressé steht auf Grund eines Dienstvertrages in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Dienstherrn, dessen Anweisungen er Folge zu leisten hat, ohne ein Widerspruchsrecht zu besitzen. Ebensowenig ist er berechtigt, irgend welchen Einfluß auf den Geschäftsbetrieb auszuüben. Der stille Gesellschafter dagegen steht dem Komplementar unabhängig zur Seite und genießt dieser Stellung entsprechend auch weitergehende Kontrollrechte als der commis intéressé. Da letzterer seinem Dienstherrn untergeordnet ist, so kann er von diesem auch jederzeit entlassen werden, wobei ihm natürlich ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, sofern der Dienstherr ohne wichtigen Grund von jenem Rechte Gebrauch macht. Die stille Gesellschaft jedoch kann nur nach Maßgabe der Bestimmungen von § 339 des H.G.B. aufgelöst werden. Es wären denn für diesen Fall besondere Verabredungen getroffen.[1])

b) Die Zeit der Einbringung der Einlage.

Die Zeit der Einbringung der Einlage richtet sich an erster Stelle nach den im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Vereinbarungen. Es ist nicht erforderlich, daß sofort nach Abschluß des Vertrages der stille Gesellschafter die Einlage leiste; allerdings muß dies im Zweifel angenommen werden, sofern weder der Gesellschaftsvertrag diesen Zeitpunkt geregelt hat, noch aus der Natur der Einlage sich ein anderes ergibt. Auf

[1]) vgl. Crome §§ 21, 22 S. 146—155.

eine Mahnung[1]) des Geschäftsinhabers kommt der stille Sozius in Verzug und hat, sofern die Einlage in Geld besteht, Verzugszinsen, und zwar, sofern er Kaufmann[2]) ist, in Höhe von 5 %, andernfalls von 4 %[3]) zu entrichten. Auch bleibt dem Komplementar vorbehalten, einen infolge des Verzuges entstandenen höheren Schaden ersetzt zu verlangen. — Mit Auflösung der stillen Gesellschaft erlischt das Recht des Komplementars auf Einzahlung der rückständigen Einlage, es handele sich denn um den Anteil des stillen Gesellschafters an vor der Auflösung der Gesellschaft eingetretenen Verlusten.

c) Die Art der Einbringung der Einlage.

Auf Grund von Art. 252 des alten H.G.B. waren Renaud[4]) sowie Thöl[5]) der Meinung, die Einlage des stillen Sozius gehe stets, sofern sie überhaupt in eigentumsfähigen Sachen bestehe, in das Eigentum des Geschäftsinhabers über. Die Bestimmungen des Art. 91 des alten H.G.B., wonach Geld und andere verbrauchbare und vertretbare Sachen oder unverbrauchbare und unvertretbare Sachen dann, wenn letztere nach einer Schätzung eingebracht werden, welche nicht bloß zum Zwecke der Gewinnbeteiligung geschieht, Eigentum der Gesellschaft werden, hielten sie hier für unanwendbar. Diese kontroverse Frage ist heute durch das Bürgerliche Gesetzbuch entschieden, und, wie sich die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs selbst ausdrückt,

---

[1]) vgl. B.G.B. §§ 284—292.
[2]) vgl. H.G.B. § 352.
[3]) vgl. H.G.B. § 288.
[4]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 117.
[5]) vgl. Thöl § 110 S. 365 Anm. 20.

ist die Regelung „in verbesserter Form“ geschehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch [1]) gibt lediglich eine Auslegungsregel, wie das Versprechen, einen Gegenstand einzubringen, im Zweifel aufzufassen sei. „Dadurch tritt klarer hervor, daß es, um den Gegenstand selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch desjenigen Übertragungsaktes bedarf, welcher nach der Natur des Gegenstandes zur Rechtsübertragung erforderlich ist.[2]) — Besteht die Einlage in einer beweglichen Sache, so kommen die Vorschriften zur Anwendung, die überhaupt für Übertragung beweglicher Sachen gelten.[3]) Es ist demnach zur Eigentumsübertragung Einigung des Eigentümers mit dem Erwerber und Übergabe der Sache erforderlich. Befand sich der Komplementar schon in deren Besitze, so genügt die Einigung über den Eigentumsübergang.[4]) Auch Eigentumsübertragung in Form des constitutum possessorium ist möglich, so daß der bisherige Eigentümer, d. i. der stille Gesellschafter, Besitzer bleibt, und dem Geschäftsinhaber der mittelbare Besitz der Sache eingeräumt wird.[5]) Falls ein Dritter die Sache besitzt, kann die Übertragung auch in der Art geschehen, daß der stille Gesellschafter den Anspruch auf Herausgabe an den Komplementar abtritt.[6]) Handelt es sich um Einbringung eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem solchen, so erfolgt die Übereignung nach den Grundsätzen des Liegenschaftsrechtes.[7]) Bei

---

[1]) B.G.B. § 706 Abs. 2.
[2]) Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. S. 82.
[3]) vgl. B.G.B. §§ 929 f.
[4]) vgl. B.B.G. § 929 S. 2 = brevi manu traditio.
[5]) vgl. B.G.B. § 930.
[6]) vgl. B.G.B. § 931.
[7]) vgl. B.G.B. §§ 873 f. und §§ 925 f.

Forderungs- oder sonstigen Rechten, die der stille Gesellschafter als Einlage einzubringen beabsichtigt, sind die für Übertragung von Rechten gegebenen Vorschriften[1]) maßgebend, also bald ist Übertragung im Wege der Zession erforderlich, bald genügt auch, sofern es sich um indossable Papiere[2]) handelt, die Indossierung.

d) Die Höhe der Einlage und spätere Veränderungen derselben.

Die Höhe der Einlage unterliegt völlig dem freien Ermessen der Parteien, jedoch muß sie bestimmt oder doch wenigstens bestimmbar sein. Behrend[3]) hält es für ausreichend, wenn sich der stille Gesellschafter gegenüber dem Komplementar verpflichtet, „das zum Betriebe des Handelsgewerbes nötige Kapital herzugeben", oder wenn er „für den Fall des Bedürfnisses eine nachträgliche Erhöhung oder Ergänzung der Einlage" zusagt.

Gemäß B.G.B. § 707 ist der stille Gesellschafter weder zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages noch zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage verpflichtet, sofern nicht vertragsmäßig ein anderes festgesetzt ist. Eine scheinbare Ausnahme von dieser Bestimmung enthält die Vorschrift von H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 2: Ist nämlich durch in früheren Jahren erlittene Verluste die Einlage des stillen Gesellschafters vermindert worden, so soll der später erzielte Gewinn, soweit er auf den stillen Gesellschafter entfällt, diesem nicht ausgezahlt werden, bevor nicht die ursprüngliche Höhe der Einlage

[1]) vgl. B.G.B. §§ 398 f.

[2]) Bei Inhaberpapieren dagegen ist ebenso wie bei beweglichen Sachen Einigung und Übergabe erforderlich.

[3]) vgl. Behrend § 91 IIc S. 660.

wieder erreicht ist. — Auch vermehrt mangels spezieller Parteiverabredungen der vom stillen Gesellschafter nicht erhobene Gewinn dessen Einlage nicht.[1])

§ 6.

Der Geschäftsbetrieb.

Der stille Gesellschafter beteiligt sich mit einer Vermögenseinlage an einem fremden Handelsgewerbe, welche, da die stille Gesellschaft ein Gesellschaftsvermögen nicht kennt, vollständig in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Dieser tritt allein nach außen hin auf, kontrahiert lediglich in seinem eigenen Namen, wenn auch auf gemeinschaftliche Rechnung, und wird aus den im Betriebe abgeschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Da die stille Gesellschaft stets Beteiligung an einem Handelsgewerbe oder an einem Zweige eines solchen voraussetzt, so ist jener allerdings verpflichtet, auch tatsächlich dasselbe dem Vertrage entsprechend zu betreiben und die Einlage bestimmungsgemäß darin zu verwenden. Aber auf die Art und Weise der Geschäftsführung einen Einfluß auszuüben, ist der stille Gesellschafter nicht berechtigt. Weder zur Bestellung eines Prokuristen noch zum Abschluß weiterer stiller Gesellschaften ist die Einwilligung des stillen Sozius erforderlich; es bedarf seiner Zustimmung selbst dann nicht, wenn es sich um die Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte handelt. Nur wenn der Geschäftsinhaber den Parteiverabredungen zuwider handeln oder ein Geschäft vornehmen will, welches nicht

[1]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 3.

bloß ungewöhnlich ist, sondern völlig aus dem Rahmen seines Geschäftsbetriebs heraustritt,[1]) ist Zustimmung des stillen Sozius nötig, ohne welche sich der Komplementar eines vertragswidrigen Verhaltens schuldig machen würde, das wiederum seine Schadensersatzpflicht nach B.G.B. § 823 oder § 826 begründen oder den stillen Gesellschafter zur Auflösung der Sozietät berechtigen würde.[2]) Hierher gehört vor allem auch der Fall, daß der Komplementar den Handelszweig, für den die stille Gesellschaft eingegangen wurde, ohne Einverständnis des stillen Sozius aufgibt oder veräußert.

Anders liegt die Sache, wenn auf Grund besonderer Parteiverabredungen der stille Gesellschafter zur Beteiligung an dem Betriebe des Handelsgewerbes berechtigt oder gar verpflichtet ist. Es kann ihm seitens seines Komplementars Prokura oder eine Handlungsvollmacht erteilt sein. Nach innen kann das Verhältnis die verschiedenartigsten Gestaltungen annehmen, freilich immer unter der Voraussetzung, daß nicht gegen das grundsätzliche Wesen der stillen Gesellschaft verstoßen ist. Weiterhin unterliegt der stille Gesellschafter dem Konkurrenzverbote nicht. Er darf sich sehr wohl an anderen gleichartigen Betrieben als stiller oder offener Gesellschafter beteiligen sowie in dem Handelszweige des Komplementars Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung abschließen oder vermitteln. Dagegen ist m. E. die von Behrend[3]) und Staub[4]) ausgesprochene analoge Anwendung des im H.G.B. § 112 enthaltenen Konkurrenzverbotes auf den Komplementar durchaus

[1]) vgl. Staub § 335 S. 999 Anm. 31.
[2]) vgl. Behrend § 93 III S. 671; ebendaselbst Anm. 13.
[3]) vgl. Behrend § 93 III S. 672, 673.
[4]) vgl. Staub § 335 S. 1000 Anm. 32.

unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Ausdrücklich bestimmt aber Abs. 2 von § 338, daß weitere Kontrollrechte, wie solche dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter des Bürgerlichen Gesetzbuches eingeräumt sind, dem stillen Gesellschafter nicht zustehen. Nur beim Vorliegen wichtiger Gründe kann das Gericht auf Antrag jederzeit, also nicht nur am Schlusse des Geschäftsjahres, Erteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie Vorlegung der Bücher und Papiere anordnen. Diese Kontrollrechte des stillen Sozius können durch Vertrag beliebig eingeengt oder erweitert werden. Liegt jedoch Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung seitens des Komplementars vor, so fallen die das Kontrollrecht des stillen Sozius beschränkenden Vereinbarungen hinweg,[1]) und kann letzterer die im H.G.B. § 338 Abs. 1 und 3 geregelten Rechte geltend machen, als ob er hierauf nicht verzichtet hätte. — Doch wie steht es, wenn der Komplementar lediglich Minderkaufmann ist, was sich ja mit dem Wesen der stillen Gesellschaft durchaus verträgt.[2]) Wenn in diesem Falle für ihn auch kein Erfordernis besteht, Handelsbücher zu führen, so ist er doch verpflichtet, für jährliche Rechnungslegung zu sorgen, und dies auf Grund regelmäßiger Aufzeichnungen über die von ihm abgeschlossenen Geschäfte.[3]) In allen Fällen, mag es sich um die Bilanzierung eines Vollkaufmannes oder nur um die Rechnungslegung eines Minderkaufmannes handeln, genügen keine Angaben in Bausch und

---

[1]) vgl. B.G.B. § 716 Abs. 2; Renaud, St. Ges. S. 115; Puchelt Art. 253 S. 660 Abs. 1.

[2]) vgl. Abhandl. § 4a S. 21 f.

[3]) vgl. Behrend § 93 S. 672 Anm. 19.

Bogen, vielmehr ist der stille Sozius detaillierte Rechnung zu fordern berechtigt.[1]) Hat ein stiller Gesellschafter die ihm zustehenden Kontrollrechte mehrere Jahre lang nicht betätigt, so ist ihm doch nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe verstattet, sie für die ganze verflossene Zeit auszuüben.[2])

§ 7.

Die Teilnahme am Gewinn und Verlust.

a) Im allgemeinen.

Die stille Gesellschaft ist eine societas quaestus. Zweck der Vereinigung des stillen Sozius mit dem Komplementar ist vor allem die Erzielung eines möglichst hohen Gewinnes aus einem Handelsbetriebe und umgekehrt gemeinsames Tragen des wider Erwarten darin erlittenen Verlustes. Ob letzteres unbedingt zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört, oder ob dies nur ihre regelmäßige Erscheinungsform darstellt, darüber bestand zur Zeit des alten Handelsgesetzbuches eine starke Kontroverse. Erst das neue Handelsgesetzbuch hat, wie unten[3]) des näheren ausgeführt ist, den Verlustausschluß ausdrücklich für zulässig erklärt. — Unbedingt erforderlich war nach dem alten und ist nach dem neuen Handelsgesetzbuch, wie dies auch das letztere[4]) unzweideutig ausspricht, dagegen die Teilnahme des stillen Sozius am Gewinn.

---

[1]) vgl. Bolze Bd. 8 Nr. 539b.
[2]) vgl. Busch, Arch. N. F. Bd. 3 S. 494, 495.
[3]) vgl. unten Abhandl. § 7 unter c S. 53f.
[4]) vgl. H.G.B. § 336 Abs. 2 S. 2.

Maßgebend für die Entscheidung der Frage, wie sich die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust gestaltet, ist an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag. Denn es wird praktisch wohl gar nicht oder nur äußerst selten vorkommen, daß die Parteien diesen wichtigen Punkt nicht geregelt haben. In einem solchen Falle jedoch, wo der Anteil des stillen Gesellschafters weder am Gewinn noch Verlust vertragsmäßig bestimmt ist, findet die Vorschrift von H.G.B. § 336 Abs. 1 Anwendung. Es setzt der Richter einen den Umständen nach angemessenen Anteil als bedungen fest; um zu einer gerechten Entscheidung zu gelangen, kann dieser natürlich Sachverständige zur Begutachtung zuziehen,[1]) wie dies das alte Handelsgesetzbuch[2]) noch besonders aussprach. Nicht greift jedoch § 722 Abs. 1 des B.G.B. Platz, wonach in Ermangelung besonderer Verabredungen jeder der Gesellschafter — ohne Rücksicht auf Art und Größe seines Beitrages — gleichen Anteil an Gewinn und Verlust haben soll.

Auch ist es möglich, daß im Gesellschaftsvertrage hinsichtlich der Beteiligung des stillen Gesellschafters nur sein Anteil am Gewinn oder am Verlust bestimmt ist. Dann gilt gemäß B.G.B. § 722 Abs. 2 die Vereinbarung im Zweifel für Gewinn und Verlust. Denn es liegt keine Veranlassung vor, daraus, daß lediglich die Gewinnbeteiligung geregelt ist, nun den Schluß zu ziehen, es solle der stille Gesellschafter von der Teilnahme am Verluste ausgeschlossen sein. Soll — entgegen der Regel — der stille Gesellschafter tatsächlich nur am Gewinn partizipieren, so muß dies ausdrücklich im Vertrage angegeben sein.

[1]) vgl. C.P.O. § 144.

[2]) vgl. a. H.G.B. Art. 254.

Ferner wird zwar in den meisten Fällen der Anteil am Gewinn und Verlust von gleicher Höhe sein, doch können die Parteien auch eine Beteiligung in verschiedener Höhe vereinbaren, sodaß der Anteil des stillen Gesellschafters am Gewinn höher ist als am Verluste und umgekehrt, selbstverständlich unter Wahrung des Grundsatzes, daß die Teilnahme am Verluste nie den Betrag der Einlage überschreiten darf.

b) Anteil am Gewinn.

Wie eben ausgeführt, ist die Teilnahme des stillen Gesellschafters am Gewinn wesentlich. Wäre zwischen dem stillen Sozius und Komplementar eine Vereinbarung derart getroffen, daß ersterer nur am Verluste partizipieren solle, so läge keine stille Gesellschaft vor, vielmehr trüge dies Verhältnis mangels jeglicher Vergütung für die Vermögenshingabe[1]) den Charakter einer Schenkung seitens des stillen Sozius an den Geschäftsinhaber, auf welches die entsprechenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes[2]) zur Anwendung kämen.

Wann ist nun in einem Handelsgewerbe oder in einem Zweige eines solchen Gewinn erzielt worden? Denn daß es sich um Gewinn aus dem ganzen Handelsgewerbe beziehungsweise aus einem Zweige eines solchen und nicht bloß aus einem oder einer Reihe einzelner Geschäfte handeln muß, ist ja überhaupt Voraussetzung der stillen Gesellschaft. Gewinn ist nach Renaud[3]) aber dann vorhanden, wenn die Rechnung einer gegebenen Geschäftsperiode einen Überschuß des Betrages des von

---

[1]) vgl. Endemann, Lehrbuch § 54 zu N. 4.
[2]) vgl. B.G.B. § 516 f.
[3]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 123.

dem Geschäftsinhaber in derselben Erworbenen über die in der nämlichen Zeit gehabten Verluste und Unkosten ausweist. Nicht hat der stille Gesellschafter wie die mit einer Kapitaleinlage beteiligten Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft [1]) oder Kommanditgesellschaft [2]) etwa Anspruch auf eine Vorzugsdividende [3]) von 4%. Die Art und Höhe des Anteils am Gewinn können die Parteien völlig nach freiem Belieben festsetzen. Der stille Gesellschafter kann Anspruch haben auf eine Quote des Gewinnes, ihm können bestimmte Prozente am Gewinn zugesichert sein; auch ist es möglich, daß von dem Geschäftsgewinn vorweg ein gewisser Betrag für einen bestimmten Zweck, z. B. für Ansammlung eines Reservekapitals abgezogen wird, so daß sich der Anteil an Gewinn und Verlust nach dem Restbetrage berechnet. Weiterhin ist es statthaft, der Höhe des Gewinnanteiles eine feste Grenze zu ziehen, die nicht überschritten werden darf; auch können dem stillen Gesellschafter feste Zinsen vom Betrage seiner Kapitaleinlage neben einer Gewinndividende versprochen sein. Wesentlich ist hierbei immer, daß die Höhe des Anteils in irgend einer Beziehung unbestimmt gelassen ist, abhängt von dem wechselnden Geschäftsgange. Lediglich die Zusage fester Zinsen vom Einlagebetrage oder einer unveränderlichen festen Rente entspricht nicht dem Gesellschaftscharakter. [4])

---

[1]) vgl. H.G.B. § 121.

[2]) vgl. H.G.B. § 168.

[3]) vgl. Cosack S. 589, Auch dem Komplementar steht dies Recht nicht zu.

[4]) Zuweit geht dagegen die Entscheidung des Reichsgerichts, welches das Vorliegen einer stillen Gesellschaft bereits dann verneint wissen will, wenn das Rechtsverhältnis derartig beschaffen ist, daß es in erster Linie ein Anrecht des stillen Sozius auf feste

Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres, das übrigens mit dem Kalenderjahr nicht zusammenzufallen braucht, wird vom Komplementar das Geschäftsergebnis festgestellt.

Wenn es auch den Parteien überlassen ist, die Zeit der Berechnung und Auszahlung des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Gewinnbetrages anderweitig festzusetzen, sei es auf kürzere oder längere Abschnitte, so ist der Komplementar — soweit er Vollkaufmann ist — doch verpflichtet, die Bilanz für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres zu ziehen.[1]) Diese Aufstellung der Bilanz und Gewinnberechnung hat letzterer innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechenden Zeit zu bewirken und dem stillen Gesellschafter auf Verlangen abschriftlich mitzuteilen, welcher infolge der ihm vom Gesetz eingeräumten, oben besprochenen Kontrollrechte die Richtigkeit derselben zu prüfen in der Lage ist. Kommt der Komplementar den ihm obliegenden Verpflichtungen nicht nach, so kann der stille Sozius gegen ihn Klage auf Rechnungslegung erheben. Der auf den stillen Gesellschafter entfallende und von ihm gutgeheißene Gewinnanteil wird nun nicht bloß seinem Aktivkonto zugeschrieben, sondern ihm auf jeden Fall ausbezahlt, und dies, anders als bei der offenen Handelsgesellschaft,[2]) ohne jedwede Rücksicht darauf, ob die Auszahlung der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht oder nicht. Auch braucht der stille Gesellschafter den einmal bezogenen Gewinn nicht wegen später ein-

---

lebenslängliche Bezüge begründet, und daß daneben der Anspruch auf einen Gewinnanteil nur akzessorische und eventuelle Bedeutung hat. R.G.E. Bd. 20 S. 165 Nr. 36.

[1]) vgl. H.G.B. § 39.

[2]) vgl. H.G.B. § 122 Abs. 1.

getretener Verluste wieder zurückzuzahlen.[1]) Anders verhält es sich dagegen im Falle irrtümlicher Auszahlung eines nicht oder nicht in solchem Umfange vorhandenen Gewinnes an den stillen Gesellschafter. Hier stehen dem Komplementar gegen jenen Ansprüche auf Herausgabe des Empfangenen wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach B.G.B. §§ 812 f. zu, wobei sich der stille Sozius auch nicht auf seinen guten Glauben zur Zeit des Empfanges berufen kann.[2]) Eine analoge Anwendung der zugunsten des Kommanditisten in H.G.B. § 172 Abs. 5 enthaltenen Vorschrift auf den stillen Sozius findet nicht statt.[3])

Die Fälligkeit des Anspruches tritt ein mit dem Augenblicke, in dem der Komplementar bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Aufstellung der Bilanz und Gewinnberechnung hätte beenden können. Erfolgt hierauf nicht die sofortige Auszahlung, so kann der stille Gesellschafter, wenn er Kaufmann ist, gemäß H.G.B. § 353 Zinsen von 5% verlangen; — andernfalls greifen die Vorschriften des bürgerl. Rechtes ein; durch Mahnung[4]) ist der Komplementar in Verzug zu setzen, und hat er alsdann Verzugszinsen[5]) von 4% zu entrichten.

Gemäß B.G.B. § 269 ist der Erfüllungsort für die Auszahlungspflicht des Komplementars der Ort seiner Handelsniederlassung. Abweichend von dem in § 269 ausgesprochenen Grundsatze bestimmt aber B.G.B. § 270,

---

[1]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 2; vgl. auch hinsichtlich des Schlußsatzes v. H.G.B. § 337 Abs. 2 oben Abhandl. § 5 d S. 39.

[2]) Wie dies auch in den Protokollen S. 1088, 1089 ausdrücklich bemerkt ist.

[3]) vgl. Puchelt Art. 255 Anm. 6 S. 664.

[4]) vgl. B.G.B. § 284.
vgl. B.G.B. § 288.

daß der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln habe. Im Anschluß hieran erachten Puchelt[1]), Staub[2]) sowie Lehmann-Ring[3]) u. a. auch die Schuld des Komplementars für eine Bringschuld. Der entgegengesetzten Ansicht sind v. Hahn[4]), Behrend[5]) und Remand[6]), wonach der stille Gesellschafter seinen Gewinnanteil beim Komplementar „erheben" d. h. abholen muß. Diese Ansicht ist m. E. die richtigere, da sie allein der Vorschrift des § 337 Abs. 3 entspricht, auf Grund deren der vom stillen Gesellschafter „nicht erhobene" Gewinn dessen Einlage nicht vermehren soll. Wäre der Komplementar verpflichtet, am Schlusse jedes Geschäftsjahres dem stillen Gesellschafter den auf diesen entfallenden Gewinn an dessen Wohnort zu übersenden, so erübrigte sich ja die Bestimmung von § 337 Abs. 3 betreffs des nicht erhobenen Gewinnes überhaupt.[7]) Dieser bildet eine selbständige Forderung des stillen Gesellschafters gegenüber dem Komplementar, und ersterer kann dessen Auszahlung ohne Rücksicht auf den weiteren Geschäftsgang, selbst wenn sich inzwischen Verluste ergeben haben sollten, jederzeit verlangen.[8]) Doch wird der Gewinnanteil dem stillen Gesellschafter nur soweit ausbezahlt, als er nicht zur Ergänzung der durch Verluste in früheren Jahren absor-

---

[1]) vgl. Puchelt Art. 255 Nr. 4 S. 663.
[2]) vgl. Staub § 337 Anm. 8 S. 1004.
[3]) vgl. Lehmann-Ring § 337 Nr. 4 S. 672.
[4]) vgl. v. Hahn Art. 255 § 1 Anm. 2 S. 774.
[5]) vgl. Behrend § 93 Anm. 28 S. 674.
[6]) vgl. Renaud S. 125.
[7]) sofern nicht ein anderes vereinbart ist.
[8]) vgl. R.O.H.G. Bd. 13 S. 65.

bierten oder verminderten Einlage bis zu ihrer ursprünglichen Höhe Verwendung findet.[1])

c) Anteil am Verlust.

Zur Zeit der Geltung des alten Handelsgesetzbuchs war es eine vielumstrittene Frage, ob zum Wesen der stillen Gesellschaft unbedingt die Teilnahme am Verluste gehöre, oder ob dies bloß ihre regelmäßige Gestaltung darstelle. Nicht nur die bedeutendsten Bearbeiter dieses Rechtsgebietes waren hierüber geteilter Ansicht, sondern auch die obersten Gerichte schwankten in ihren Entscheidungen. So hielten Gareis[2]) und Staub[3]) den Verlustausschluß mit dem Wesen der stillen Gesellschaft für unvereinbar, während Lastig[5]), Renaud[4]), Puchelt[6]), Behrend[7]) u. a. hierin lediglich eine Abweichung von dem Normalfall erblickten. In gleicher Weise divergieren die Entscheidungen der obersten Gerichte.[8]) Nur zwei Fälle seien zitiert: In Bd. 12 S. 100, Nr. 32 erklärt das Reichsoberhandelsgericht den Ausschluß des stillen Gesellschafters vom Verluste für gesetzlich zulässig, sofern nur ein auf eine solche zwar gegen den Wortlaut des Art. 250 verstoßende Abrede gerichteter Wille deutlich hervortrete. Die Reichsgerichtsentscheidung vom 30. Nov. 1880 Bd. 3 S. 9 Nr. 5 hält dagegen stets

---

[1]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 2.

[2]) vgl. Gareis 5 Aufl. § 28 S. 188.

[3]) vgl. Staub a. Aufl. Art. 250 § 6 S. 644.

[4]) vgl. Lastig § 137 S. 705 f.

[5]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 85, 130.

[6]) vgl. Puchelt Art. 250 Anm. 2 S. 653.

[7]) vgl. Behrend § 91 Anm. 25 S. 662.

[8]) vgl. besonders R.O.H.G. Bd. 12 S. 100 Nr. 32; — R.G. Bd. 3 S. 9 Nr. 5; ferner R.G. Bd. 20 S. 165; R.G. Bd. 27 S. 13 Nr. 4; — Bolze Bd. 14 S. 326.

die Teilnahme am Verlust für notwendig. Dies erfordere das Wesen der stillen Gesellschaft. — Ist Verlustausschluß vereinbart, so könnten nur auf Grund besonderer Vereinbarung die für die stille Gesellschaft gegebenen Vorschriften analog Anwendung finden. — Diese Unsicherheit ist durch das neue H.G.B. beseitigt worden, welches in § 336 Abs. 2 ausdrücklich den völligen Ausschluß des stillen Gesellschafters am Verluste für statthaft erklärt. Allerdings muß die Absicht der Parteien, daß der stille Gesellschafter nur am Gewinn Anteil haben solle, aus dem Gesellschaftsvertrage sich deutlich ergeben, da eine solche Vereinbarung einen von der regelmäßigen Erscheinungsform der stillen Gesellschaft abweichenden Fall betrifft.[1]) — Der Geschäftsbetrieb des Komplementars hat aber Verlust dann ergeben, wenn und soweit am Schlusse einer Rechnungsperiode der in derselben gemachte Erwerb die in eben diesem Rechnungsabschnitte entstandenen Einbußen und Unkosten nicht deckt.[2]) Die Art und Höhe der Teilnahme des stillen Sozius am Verluste richtet sich — analog den für die Gewinnbeteiligung besprochenen Möglichkeiten — vor allem nach dem Gesellschaftsvertrag und kann in der verschiedensten Weise bestimmt sein. In der Regel wird sie wohl in einem Bruchteil oder bestimmten Prozenten des Gesamtverlustes bestehen.

In Ermangelung besonderer Vereinbarungen wird ebenso wie der Gewinn auch der Verlust auf Grund der Bilanz für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres berechnet, und der auf den stillen Sozius entfallende Teil festgestellt. Hierbei hat letzterer nur den Verlust

---

[1]) vgl. auch Abhandl. oben § 7a S. 46f.

[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 131.

mitzutragen, der im Betriebe des Gewerbes beziehungsweise desjenigen Zweiges eines solchen entstanden ist, an dem sich der stille Gesellschafter dem Vertrage gemäß mit seiner Einlage beteiligt hat. Verluste, welche aus dem Abschluß ungewöhnlicher oder vertragsmäßig ausgeschlossener Geschäfte resultieren, treffen diesen nicht.[1]) Der auf den stillen Sozius entfallende Verlustanteil braucht aber nicht etwa von diesem dem Geschäftsinhaber tatsächlich zugezahlt zu werden; er wird vielmehr lediglich dessen Aktivkonto abgeschrieben und vermindert hierdurch die Forderung, welche jener gegen den Komplementar wegen der eingezahlten oder noch rückständigen Einlage hat oder haben wird.

Das Maß der Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste beschränkt sich aber kraft Gesetzes[2]) auf den Betrag der eingezahlten oder noch einzuzahlenden Einlage. Ist diese voll entrichtet, so hat sein Komplementar keinen weiteren Anspruch gegen ihn, mag selbst der Verlustanteil des stillen Sozius bei Rechnungsabschluß sich als weit höher herausgestellt haben. Betrug z. B. die Einlage des stillen Sozius 15000 Mk. und sein Verlustanteil im ersten Geschäftsjahre 10000 Mk., so mindert sich seine Forderung gegen den Komplementar auf 5000 Mk. herab.

Entfällt am Ende des nächsten Geschäftsjahres auf den stillen Gesellschafter wiederum ein Verlustanteil, und zwar in Höhe von 8000 Mk., so ist hiermit dessen Einlage absorbiert; den Restbetrag von 3000 Mk. muß der Geschäftsinhaber aus seinem eigenen Vermögen decken. Haben die folgenden Jahre jedoch Gewinn er-

---

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 133; K. Ges. S. 249f.
[2]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 1.

geben, so werden die auf den stillen Sozius entfallenden Anteile diesem nicht ausbezahlt, vielmehr seiner verminderten oder absorbierten Einlage so lange zugeschlagen, bis deren ursprüngliche Höhe von neuem erreicht ist. Erst in diesem Zeitpunkte erfolgt wieder eine Auszahlung der Gewinnposten, sofern nicht inzwischen neue Verlustjahre eingetreten sind, welche wiederum entsprechende Abschreibungen auf dem Konto des stillen Sozius zur Folge hatten.

Zu erörtern bleibt noch die Frage, wie es sich in dem Falle verhält, daß die Einlage des stillen Gesellschafters durch Verluste völlig absorbiert ist, die stille Gesellschaft jedoch weiter besteht, und auch in den folgenden Geschäftsjahren zum Teil Verluste erzielt werden. Jedenfalls braucht der stille Gesellschafter keine ergänzende Einzahlung zu bewirken. Im übrigen aber muß man unterscheiden, wonach sich sein Anteil an Gewinn und Verlust bemißt, ob nach einem Bruchteil oder Prozenten des jedesmaligen Geschäftsergebnisses bezw. nach Prozenten des ursprünglichen Einlagebetrages oder nach Prozenten des jeweiligen Bestandes der Einlage.

In letzterem Falle ist, sobald die Einlage einmal aufgezehrt ist, keine weitere Anteilnahme des stillen Sozius weder am Gewinn noch am Verlust möglich. In den anderen Fällen jedoch wird sein Konto auch fernerhin mit Verlustanteilen belastet, sowie die Gewinnposten diesem zugeschrieben, und erst bei Auflösung der stillen Gesellschaft wird es sich dann zeigen, ob ein Aktiv- oder Passivsaldo endgültig resultiert. Zur Begleichung des letzteren ist er nicht verpflichtet; diesen trägt allein der Geschäftsinhaber. Dagegen kann er von diesem die Berichtigung des Aktivsaldo verlangen. Dieser von

mitzutragen, der im Betriebe des Gewerbes beziehungsweise desjenigen Zweiges eines solchen entstanden ist, an dem sich der stille Gesellschafter dem Vertrage gemäß mit seiner Einlage beteiligt hat. Verluste, welche aus dem Abschluß ungewöhnlicher oder vertragsmäßig ausgeschlossener Geschäfte resultieren, treffen diesen nicht.[1]) Der auf den stillen Sozius entfallende Verlustanteil braucht aber nicht etwa von diesem dem Geschäftsinhaber tatsächlich zugezahlt zu werden; er wird vielmehr lediglich dessen Aktivkonto abgeschrieben und vermindert hierdurch die Forderung, welche jener gegen den Komplementar wegen der eingezahlten oder noch rückständigen Einlage hat oder haben wird.

Das Maß der Teilnahme des stillen Gesellschafters am Verluste beschränkt sich aber kraft Gesetzes[2]) auf den Betrag der eingezahlten oder noch einzuzahlenden Einlage. Ist diese voll entrichtet, so hat sein Komplementar keinen weiteren Anspruch gegen ihn, mag selbst der Verlustanteil des stillen Sozius bei Rechnungsabschluß sich als weit höher herausgestellt haben. Betrug z. B. die Einlage des stillen Sozius 15000 Mk. und sein Verlustanteil im ersten Geschäftsjahre 10000 Mk., so mindert sich seine Forderung gegen den Komplementar auf 5000 Mk. herab.

Entfällt am Ende des nächsten Geschäftsjahres auf den stillen Gesellschafter wiederum ein Verlustanteil, und zwar in Höhe von 8000 Mk., so ist hiermit dessen Einlage absorbiert; den Restbetrag von 3000 Mk. muß der Geschäftsinhaber aus seinem eigenen Vermögen decken. Haben die folgenden Jahre jedoch Gewinn er-

---

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 133; K. Ges. S. 249f.
[2]) vgl. H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 1.

geben, so werden die auf den stillen Sozius entfallenden Anteile diesem nicht ausbezahlt, vielmehr seiner verminderten oder absorbierten Einlage so lange zugeschlagen, bis deren ursprüngliche Höhe von neuem erreicht ist. Erst in diesem Zeitpunkte erfolgt wieder eine Auszahlung der Gewinnposten, sofern nicht inzwischen neue Verlustjahre eingetreten sind, welche wiederum entsprechende Abschreibungen auf dem Konto des stillen Sozius zur Folge hatten.

Zu erörtern bleibt noch die Frage, wie es sich in dem Falle verhält, daß die Einlage des stillen Gesellschafters durch Verluste völlig absorbiert ist, die stille Gesellschaft jedoch weiter besteht, und auch in den folgenden Geschäftsjahren zum Teil Verluste erzielt werden. Jedenfalls braucht der stille Gesellschafter keine ergänzende Einzahlung zu bewirken. Im übrigen aber muß man unterscheiden, wonach sich sein Anteil an Gewinn und Verlust bemißt, ob nach einem Bruchteil oder Prozenten des jedesmaligen Geschäftsergebnisses bezw. nach Prozenten des ursprünglichen Einlagebetrages oder nach Prozenten des jeweiligen Bestandes der Einlage.

In letzterem Falle ist, sobald die Einlage einmal aufgezehrt ist, keine weitere Anteilnahme des stillen Sozius weder am Gewinn noch am Verlust möglich. In den anderen Fällen jedoch wird sein Konto auch fernerhin mit Verlustanteilen belastet, sowie die Gewinnposten diesem zugeschrieben, und erst bei Auflösung der stillen Gesellschaft wird es sich dann zeigen, ob ein Aktiv- oder Passivsaldo endgültig resultiert. Zur Begleichung des letzteren ist er nicht verpflichtet; diesen trägt allein der Geschäftsinhaber. Dagegen kann er von diesem die Berichtigung des Aktivsaldo verlangen. Dieser von

Lastig,[1]) v. Hahn,[2]) Puchelt[3]) und Staub[4]) vertretene Standpunkt ist auch m. E. der richtige. Nur eine solche — wenn auch lediglich rechnungsmäßige — fortgesetzte Anteilnahme an Gewinn und Verlust entspricht dem wahren Gesellschaftscharakter, und steht dem die absolute Vorschrift von H.G.B. § 337 Abs. 2 S. 1 in keiner Weise entgegen. Anderer Ansicht sind vor allem Behrend,[5]) Renaud[6]) und Cosack,[7]) welche es für ausgeschlossen halten, daß der stille Gesellschafter nach völliger Absorption seiner Einlage noch weiterhin rechnungsmäßig am Verluste teilnehme. Nur an dem in den folgenden Jahren erzielten Gewinn partizipiere er wieder, wobei die auf ihn entfallenden Anteile zwar so lange zurückgehalten würden, bis die erschöpfte Einlage auf ihren ursprünglichen Betrag gebracht sei, die aber nicht noch zur Deckung des durch die fortgesetzte Teilnahme am Verlust entstandenen Passivsaldos dienten.

§ 8.

Wichtige Veränderungen während des Bestehens der stillen Gesellschaft.

Je nachdem man die stille Gesellschaft als darlehnsartiges Vertragsverhältnis[8]) oder gemäß der hier ver-

[1]) vgl. Lastig S. 739f.

[2]) vgl. v. Hahn Art. 255 § 2 S. 775 juncto Art. 161 §§ 7, 8 S. 564.

[3]) vgl. Puchelt Art. 255 Anm. 6 S. 664 juncto Art. 161 Anm. 5 S. 364.

[4]) Staub § 337 Anm. 6 S. 1004 juncto § 167 Anm. 2 S. 518.

[5]) vgl. Behrend § 88 Anm. 17 S. 631.

[6]) vgl. Renaud, K.G. S. 323.

[7]) vgl. Cosack 6. Aufl. S. 545f.

[8]) vgl. Lastig S. 743f.

tretenen Anschauung als Sozietät[1]) auffaßt, wird man hinsichtlich des Folgenden zu einem teilweise verschiedenen Ergebnis gelangen, denn das Handelsgesetzbuch selbst hat keinerlei Bestimmungen getroffen über Verfügungen der Gesellschafter über ihre Rechte und Pflichten der stillen Gesellschaft gegenüber.

Da die stille Gesellschaft wie jede Gesellschaft auf einem Vertrage beruht, so können die Kontrahenten nur im gegenseitigen Einverständnis von den früher verabredeten Grundsätzen abweichen. Nicht darf der Geschäftsinhaber ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters den Gegenstand des Unternehmens abändern noch einseitig zu einer Änderung der Firma verschreiten, wenn der stille Gesellschafter mit dieser und unter ausdrücklicher Bezugnahme hierauf den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hat. Denn es ist nicht bedeutungslos, ob es sich um eine alte, in den Handelskreisen gut eingeführte und bewährte, oder um eine neue, bisher noch unbekannte Firma handelt; kann doch hiervon nicht nur der Gang des Geschäftes, sondern dessen ganze Existenz abhängen. Ebensowenig ist der Komplementar zu einer einseitigen Verlegung des Sitzes des Handlungsetablissements befugt, mit der Ausnahme, daß er im Zweifel zur Errichtung von Zweigniederlassungen nicht der Zustimmung seines Mitgesellschafters bedarf. Auch kann er ohne Einwilligung des stillen Sozius andere stille Gesellschaften gültig eingehen, wie schon oben dargetan wurde.[2])

Dagegen ist der Komplementar nicht berechtigt, das Handelsgewerbe, an dem sich der stille Sozius beteiligt, ohne dessen Zustimmung etwa aufzugeben oder

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 133—137.

[2]) vgl. Abhandlung oben § 6 S. 40f.

nebst Firma zu veräußern bezw. auf eine Handelsgesellschaft zu übertragen. Denn es kann letzterem nicht gleichgültig sein, wem die Geschäftsführung obliegt, da, wie bei allen Gesellschaften, das Vertrauensmoment besonders auch bei der stillen Gesellschaft eine große Rolle spielt. Überschreitet der Komplementar seine Befugnisse, handelt er ohne die im gegebenen Falle erforderliche Genehmigung seines Mitgesellschafters, so ist letzterer gemäß H.G.B. § 339 juncto B.G.B. § 723 berechtigt, die Auflösung der stillen Gesellschaft zu verlangen; auch kann er mit der actio pro socio Ersatz des aus dem vertragswidrigen Verhalten des Komplementars entstandenen Schadens beanspruchen.

Ebenso darf aber auch der stille Gesellschafter nicht über alle aus dem Sozietätsverhältnisse ihm zustehenden Rechte und Pflichten frei verfügen. Er ist nicht befugt, die ihm nach H.G.B. § 338 Abs. 1 eingeräumten Kontrollrechte auf einen anderen zu übertragen, und das gleiche gilt von dem Recht, die Auflösung der stillen Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu verlangen. Auch kann er die ihm obliegende Verpflichtung, die versprochene Einlage zu leisten, nicht einseitig auf einen Dritten abwälzen, wie umgekehrt der Komplementar diesen Anspruch nicht an einen anderen abtreten darf, da die Einlage ja gerade in dessen Handelsgewerbe Verwendung finden soll.

Nur soweit rein vermögensrechtliche Ansprüche des stillen Sozius in Frage kommen, ist eine Zession derselben an einen Dritten ohne weiteres möglich. Hierher gehören vor allem die Forderungen auf Auszahlung der ihm zukommenden Gewinnanteile sowie auf Berichtigung seines bei Auflösung der Gesellschaft vorhandenen Guthabens.

II. Nach außen.

§ 9.

Die Vertretung.

Die stille Gesellschaft ist lediglich eine Innengesellschaft, sie tritt nach außen als solche gar nicht hervor. Als alleiniger Inhaber des Handelsgewerbes führt der Komplementar sämtliche Geschäfte ausschließlich allein[1]) in seinem Namen bezw. unter seiner Firma, unter welcher er auch klagen und verklagt werden kann. — Der stille Gesellschafter dagegen hat keinerlei Vertretungsbefugnisse als solcher. Allerdings kann er von dem Komplementar zur Vornahme einzelner Rechtshandlungen beauftragt, ihm auch eine Handlungsvollmacht oder Prokura erteilt sein; doch handelt er in allen diesen Fällen lediglich als Vertreter des Geschäftsinhabers, und nicht etwa der Gesellschaft.

§ 10.

Die Haftung.

Dem Begriff und Wesen der stillen Gesellschaft entspricht es, daß aus den im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossenen Geschäften der Inhaber desselben allein berechtigt und verpflichtet wird.[2]) Er tritt

[1]) Über die dem stillen Sozius zustehenden Befugnisse bei Vornahme ungewöhnlicher oder vertragsmäßig ausgeschlossener Geschäfte seitens des Komplementars vgl. Abhandlung oben § 6 S. 40 f.

[2]) vgl. H.G.B. § 335 Abs. 2.

allein zu den Geschäftskontrahenten in rechtliche Beziehungen, er allein wird deren Gläubiger und Schuldner, nur für und gegen ihn resultieren Ansprüche aus den betreffenden Geschäften, und haftet er allein mit seinem gesamten Vermögen, welches die Einlage des stillen Sozius beziehentlich die Forderung auf Einzahlung deren rückständigen Betrages mitumfaßt. Ist der Komplementar eine offene Handels- oder Kommanditgesellschaft, so haften außer dem um die Einlage des stillen Sozius vermehrten Gesellschaftsvermögen zugleich noch sämtliche offene Handelsgesellschafter bezw. die Komplementare der Kommanditgesellschaft mit ihrem gesamten Privatvermögen.

Der stille Gesellschafter steht dagegen nur zu seinem Mitgesellschafter in unmittelbarer rechtlicher Beziehung. Soweit er diesem die versprochene Einlage geleistet hat, ist ihm ein Recht auf deren Rückforderung erwachsen, soweit selbige noch rückständig ist, ist er dessen Schuldner. Nach außen tritt er jedoch gar nicht hervor, und können sich die Gläubiger des Komplementars wegen Deckung der Geschäftsschulden nicht an ihn halten. Nur auf Grund einer Zession seitens des Komplementars oder im Falle der Zwangsvollstreckung[1]) auf Grund gerichtlicher Pfändung und Überweisung sind die Geschäftsgläubiger in der Lage, den stillen Gesellschafter, der seine Einlage bloß teilweise oder überhaupt noch nicht eingezahlt hat, in Anspruch zu nehmen.

Ist jedoch der Geschäftsinhaber in Konkurs geraten, so braucht der stille Gesellschafter, sofern er mit seiner Einlage im Rückstande ist, diese nur bis zu dem Betrage einzuzahlen, welcher zur Deckung seines Anteils

[1]) vgl. C.P.O. §§ 828, 829, 835, 839, 840, 845, 853—856.

am Verlust erforderlich ist.[1]) Denn in dem Augenblick, in welchem der Komplementar in Konkurs gefallen ist, wird die stille Gesellschaft aufgelöst, und hiermit erlischt auch das Recht des Komplementars, die Einzahlung der rückständigen Einlage zu verlangen, sofern es sich nicht eben um den Anteil des stillen Sozius am Verlust handelt. Betragen z. B. die Aktiva des Geschäftsinhabers zur Zeit der Konkurseröffnung 7500 Mk., die Passiva 20000 Mk., und nähme der stille Gesellschafter, dessen ganze rückständige Einlage sich auf 10000 Mk. belief, mit 25% am Verluste teil, so erreicht der Gesamtausfall eine Höhe von 12500 Mk., wovon 25% d. s. 3125 Mk. vom stillen Gesellschafter zu decken sind. Allerdings befindet sich hiernach der mit seiner Einlage rückständige stille Gesellschafter in einer besseren Lage als derjenige, der seiner Verpflichtung zur Einzahlung bereits vollkommen nachgekommen ist. In obigem Beispiele hatte der stille Gesellschafter, der seine Einlage gar nicht eingezahlt hatte, 3125 Mk. — dies war der Betrag seines Verlustanteils — in die Konkursmasse einzuwerfen, wodurch er jeder weiteren Verpflichtung enthoben war. Hat er dagegen seine Einlage in Höhe von 10000 Mk. bereits voll bewirkt, so kann er den Rest seiner Einlageforderung von 6875 Mk. nach H.G.B. § 341 Abs. 1 nur als Konkursgläubiger geltend machen,[2]) wobei er Aussicht hat, vielleicht gar nichts oder nur eine recht schmale Konkursdividende zurückzuerhalten.

---

[1]) vgl. H.G.B. § 341 Abs. 2.

[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 179, 180; v. Hahn Art. 258 § 4 N. 1; Behrend § 94 Anm. 32 S. 682; anderer Ansicht ist dagegen Puchelt Art. 258 Anm. 5 S. 668 f.

Diese verschiedene Behandlung im Falle der eingezahlten und der rückständigen Einlage beruht jedoch keineswegs auf sich widerstreitenden Bestimmungen, sie ist vielmehr das Ergebnis der „konsequenten Durchführung des Prinzips, daß die stille Gesellschaft lediglich ein obligatorisches Verhältnis unter den socii ist, welches gegenüber Dritten nicht in Betracht kommt“.[1])

War der stille Gesellschafter dagegen mit Einzahlung der rückständigen Einlage vor der Konkurseröffnung im Verzuge, so ist er nach Renaud[2]) zur Einwerfung der ganzen Summe in die Masse verpflichtet, und stehen ihm im übrigen nur die Rechte nach a. H.G.B. Art. 258 Abs. 1 (n. H.G.B. § 341 Abs. 1) zu.[3])

Nach dem Entwurfe zweiter Lesung[4]) hingegen sollten im Falle des Konkurses des Komplementars alle Gläubiger desselben vor dem stillen Sozius befriedigt werden. Mit Recht wurde jedoch diese Bestimmung, da sie jeder inneren Begründung entbehre, in dritter Lesung[5]) beanstandet und schließlich fallen gelassen. „Denn es liegt“, wie der Abgeordnete für Hamburg bei der Diskussion über diese Bestimmung ausführte, „weder ein Schuldverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und den Gläubigern des Sozius noch ein Garantieverhältnis unter denselben vor, und doch würde nur das eine oder das andere eine solche Vorschrift recht-

---

[1]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 180.

[2]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 181.

[3]) Gegen eine solche besondere Behandlung im Falle des Verzugs sprechen sich aus: Behrend § 94 VII Anm. 32 S. 682 und Lehmann-Ring § 341 Nr. 3 S. 679, welche dem stillen Gesellschafter höchstens noch Verzugszinsen zubilligen.

[4]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 1157.

[5]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 4547 f.

fertigen.“ Es ward somit der stille Gesellschafter den übrigen Gläubigern des Komplementars nach dem alten wie neuen Handelsgesetzbuch[1]) gleichgestellt.

Während des Konkurses macht der Konkursverwalter die oben besprochenen Rechte des Komplementars geltend, vorausgesetzt, daß er überhaupt von dem Vorhandensein einer stillen Gesellschaft beziehentlich der Art und Höhe der Beteiligung des stillen Sozius Kenntnis erlangt, was ja bei dem durchaus internen Charakter derselben und, falls der Komplementar ein Minderkaufmann ist, mangels jeglicher Buchführung nicht immer zu geschehen braucht, sofern der Komplementar deren Vorhandensein in Abrede stellt.

Wenn dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter zwar an sich jederzeit die Möglichkeit belassen ist, nach ihrem Belieben den unter ihnen abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag in allen überhaupt einer dispositiven Regelung fähigen Punkten abzuändern, so können doch Umstände eintreten, welche für Dritte ein Anfechtungsrecht solcher Vereinbarungen begründen. In Betracht kommt hierbei besonders das im 3. Titel des I. Buches der Konkursordnung[2]) geregelte Anfechtungsrecht gegenüber Rechtshandlungen, welche vor Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Gemeinschuldners vorgenommen sind.

Unbeschadet der Geltung dieser Bestimmungen gewährt das Handelsgesetzbuch selbst im § 342 den Konkursgläubigern des Komplementars unter gewissen Voraussetzungen noch ein weiteres Anfechtungsrecht

---

[1]) Art. 258 Abs. 1. — § 341 Abs. 1.

[2]) Zu beachten ist auch noch: das Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 20. Mai 1898.

gegenüber dem stillen Gesellschafter. Es ist dies eine in gewissem Grade modifizierte actio Pauliana. Während letztere[1]) aber stets dolus auf seiten des Gemeinschuldners zur Voraussetzung hatte, der Gläubiger also stets den Beweis hinsichtlich dessen Vorhandensein zu führen hatte, liegt ihm hier diese Beweislast nicht ob, vielmehr wird die Schuld der Gesellschafter präsumiert. Andererseits ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn es dem stillen Gesellschafter gelingt, den Nachweis zu erbringen, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind. Wann solche Umstände vorliegen, und ob tatsächlich jeder innere Zusammenhang zwischen dem angefochtenen Hergang und dem Konkurs des Geschäftsinhabers fehlt, dies festzustellen, liegt dem richterlichen Ermessen ob.

Begründet ist dieses Anfechtungsrecht, das ausschließlich den Gläubigern des Geschäftsinhabers zusteht, unter den Voraussetzungen, daß

1. zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und dem stillen Gesellschafter eine Vereinbarung getroffen ist, auf Grund deren

dem letzteren entweder die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt,

oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden ist,

und

2. daß diese Vereinbarung innerhalb des letzten Jahres vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars stattgefunden hat.

Im einzelnen ist noch folgendes zu bemerken.

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 145 S. 390 f.

Ob infolge der Vereinbarung die Auflösung der stillen Gesellschaft eingetreten ist oder nicht, ist, wie das Gesetz ausdrücklich betont, völlig gleichgültig. Dagegen muß die Rückgewährung bezw. der Erlaß durch eine besondere Vereinbarung unter den Gesellschaftern innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung begründet sein, nicht darf sich die anzufechtende Tatsache als die Folge der bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage getroffenen Verabredungen oder absoluter Gesetzesvorschriften darstellen.[1]) Denn nur im ersteren Falle — der freien Parteiübereinkunft — ist die Vermutung gerechtfertigt, daß der Komplementar durch die Rückzahlung der Einlage oder den Erlaß des Verlustanteils seinen Mitgesellschafter vor seinen übrigen Gläubigern auf deren Kosten zu begünstigen sucht.

Die Rückgewähr der Einlage braucht keineswegs bloß in tatsächlicher Rückzahlung des vom stillen Gesellschafter geleisteten Betrages oder Rückgabe der von ihm inferierten Objekte zu bestehen. Sie kann sich, auch im Wege der Aufrechnung oder Hingabe an Zahlungsstatt vollziehen. Ebenso genügt die Einräumung eines Vorzugsrechtes oder die Bestellung einer Sicherheit, zufolge deren der stille Gesellschafter gemäß den Grundsätzen der Konkursordnung Befriedigung vor den übrigen Konkursgläubigern verlangen kann. Ein Beispiel dieser Art bildet vor allem die Bestellung einer Hypothek, einer Grundschuld oder eines Pfandes. Ob auch bereits im Falle bloßer Umwandlung des Anspruches des stillen Gesellschafters auf das Guthaben in eine

---

[1]) vgl. u. a. Staub § 342 Anm. 1 S. 1016; Makower Art. 259 N. 9c S. 335.

Darlehnsforderung ein Anfechtungsrecht begründet wird, darüber ist man verschiedener Meinung.[1])

Hinsichtlich der Befreiung vom Verlustanteil handelt es sich stets nur um den zur Zeit der Vereinbarung bereits entstandenen Verlust, nicht etwa um den erst nach dem Erlaß eintretenden.[2]) — Eine große Kontroverse knüpft sich an die Frage, ob das Anfechtungsrecht auch im Falle des Erlasses der versprochenen Einlage begründet sei. Thöl[3]) sowie Renaud[4]) wollen den Erlaß des Einlageversprechens und den Erlaß des Verlustanteils völlig gleichbehandelt wissen. Es ist gar zu widersinnig, bemerkt Thöl, zwei gleiche Fälle verschieden zu behandeln, denn es habe doch für die übrigen Gläubiger des Komplementars durchaus die gleiche Bedeutung, ob dem stillen Sozius die Zahlung der versprochenen, noch völlig rückständigen Einlage erlassen oder ihm die bereits eingezahlte Einlage zurückgegeben sei. Behrend,[5]) v. Hahn,[6]) sowie Staub[7]) halten sich dagegen an die Gesetzesvorschrift, welche nur vom Erlaß des Verlustanteils spricht, den Erlaß des Einlageversprechens aber unerwähnt läßt. Der Entwurf zweiter Lesung hatte ausdrücklich auch den Erlaß des

---

[1]) Renaud, St. Ges. S. 186; v. Hahn Art. 259 § 7 S. 782; Behrend § 95 Anm. 13 S. 686 halten hier eine Anfechtung für ausgeschlossen. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Puchelt Art. 259 Anm. 6 S. 672 und Staub § 342 Anm. 3 S. 1016; vgl. auch Nürnberger Protokolle S. 4558.

[2]) vgl. v. Hahn Art. 259 § 9 S. 782, 783; Behrend § 95 IIc Anm. 16 S. 686.

[3]) vgl. Thöl § 112, 3 Anm. 6 S. 378.

[4]) vgl. Renaud, St. Ges. S. 188.

[5]) vgl. Behrend § 95 IIc Anm. 25 S. 688.

[6]) vgl. v. Hahn Art. 259 § 8 S. 782.

[7]) vgl. Staub § 342 Anm. 10 Zus. 1 S. 1018.

Einlageversprechens für anfechtbar erklärt; in der dritten Lesung dagegen wurde dieser Teil gestrichen, indem nur noch von Erlaß des Anteils des stillen Gesellschafters am Verluste die Rede war. „In dem Erlasse der Einlage", so führte man aus, „liege eine vollkommen statthafte Aufhebung der Gesellschaft für die Zukunft.[1]) Eine solche Beendigung stände aber den Gesellschaftern jederzeit frei. Mit Auflösung der Gesellschaft sei der stille Gesellschafter nur noch zur Einzahlung desjenigen Betrages verpflichtet, der zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich sei.

Leider hat auch das neue Handelsgesetzbuch keine Lösung dieser Streitfrage gebracht; in § 342 ist ebenfalls nur die Rede von Erlaß des Verlustanteiles, und nach der Denkschrift[2]) ist das Anfechtungsrecht nicht über seine bisherigen Grenzen hinaus auszudehnen. Insbesondere unterliege der Erlaß desjenigen Teiles der rückständigen Einlage, der den Betrag des Verlustanteils des stillen Gesellschafters übersteige, nicht der Anfechtung.

Bei dieser Sachlage ist es m. E. ebenfalls das Richtigste, sich streng an den Gesetzestext zu halten und nur in dem vom Gesetze ausdrücklich normierten Falle die Anfechtung zuzulassen, obgleich dies allerdings zu einer verschiedenen Behandlung zweier einander nahestehender Fälle führt. Doch würde, auch wenn wir uns Thöls Ansicht anschlössen, eine verschiedene Behandlung gleichartiger Fälle ebenfalls nicht ausbleiben.

Auf die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkungen finden die Vorschriften der Konkursordnung

---

[1]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 4548, 4555.

[2]) vgl. Denkschrift zum Entwurfe eines H.G.B. S. 186.

Anwendung.[1]) Wie schon das Handelsgesetzbuch selbst bestimmt, steht die Ausübung des Anfechtungsrechtes dem Konkursverwalter zu.[2]) Er kann es binnen Jahresfrist[3]) seit Eröffnung des Verfahrens klage- oder einredeweise geltend machen, und nicht nur gegen den stillen Sozius selbst, vielmehr auch gegen dessen Erben[4]) und unter gewissen Voraussetzungen gegen sonstige Rechtsnachfolger.[5])

Die Anfechtung bezweckt die Herstellung desjenigen Zustandes, der vor der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung bestanden hat. Es hat der stille Gesellschafter also die ihm zurückgegebene Einlage in die Konkursmasse einzuzahlen,[6]) und hinsichtlich des Erlasses des Verlustanteils gilt es, als ob ein solcher nicht stattgefunden hätte. Der stille Gesellschafter bleibt somit nach H.G.B. § 341 Abs. 2 zur Zahlung dieses Betrags verpflichtet. Dagegen kann er im ersteren Falle seine Forderung auf sein Guthaben, die infolge der erneuten Einzahlung der Einlage wieder in Kraft getreten ist,[7]) als Konkursgläubiger nach H.G.B. § 341 Abs. 1 geltend machen.

Bestand die Rückgewähr der Einlage seitens des Komplementars in Einräumung eines Vorzugsrechtes oder Bestellung einer besonderen Sicherheit, so gilt dies als nicht geschehen.

---

[1]) vgl. H.G.B. § 342 Abs. 3.
[2]) K.O. § 36 gewährt ihm die gleiche Befugnis.
[3]) K.O. § 41.
[4]) K.O. § 40 Abs. 1.
[5]) K.O. § 40 Abs. 2.
[6]) K.O. § 37 Abs. 1.
[7]) K.O. § 39.

Anhang: Zwar ist der stillen Gesellschaft das Handelsregister verschlossen, doch ist nichtsdestoweniger eine private Kundmachung derselben durch mündliche oder schriftliche Mitteilung oder Inserate möglich. Auf den Fall, daß eine solche Bekanntmachung durch den stillen Gesellschafter oder mit dessen Zustimmung geschehen war, bezog sich der Art. 260 des a. H.G.B. Da derselbe zur Beurteilung der Frage, welche rechtliche Wirkungen durch diese Publikation eintreten, lediglich auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verweist, läßt sich jedenfalls nach der negativen Seite hin feststellen, daß das Gesellschaftsverhältnis als solches unverändert bleibt, der stille Sozius haftet nunmehr nicht etwa gleich einem offenen Gesellschafter oder Kommanditisten.[1]) Andererseits ist eine solche Kundmachung nicht bedeutungslos. Wird doch zweifellos mancher hierdurch veranlaßt werden, dem Komplementar einen größeren Kredit zu gewähren. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange jedoch eine Haftung des stillen Sozius hierdurch begründet sei, darüber bestanden äußerst zahlreiche Kontroversen, so daß dieser Artikel zumal wegen seiner durchaus unselbständigen Bedeutung im neuen Handelsgesetzbuch überhaupt keine Aufnahme gefunden hat.

Allerdings kann die Kundmachung der stillen Gesellschaft auch fernerhin eine Haftung des stillen Sozius gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zur Folge haben, sofern nur nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere den Vorschriften über den Kreditauftrag,[2]) die Voraussetzungen dafür gegeben sind.[3])

[1]) vgl. Behrend § 95 III S. 689 und 691; Renaud, St. Ges. S. 108; Lastig § 142 S. 753.

[2]) vgl. B.G.B. § 778.

[3]) vgl. Denkschrift zum Entwurfe eines H.G.B. S. 184.

§ 11.

Die Auflösungsgründe.

I. Im allgemeinen.

Während das alte H.G.B. in Art. 261 Z. 1—6 die Auflösungsgründe der stillen Gesellschaft einzeln aufzählte, enthält das neue H.G.B. nur noch in § 339 einige hierauf bezügliche Bestimmungen, in denen es vor allem auf gewisse Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft verweist. Im übrigen greifen die für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes geltenden Auflösungsregeln für die stille Gesellschaft als einer Unterart jener Platz.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft findet nun statt entweder durch Rechtsgeschäft oder auf Grund absoluter Gesetzesvorschrift, wobei sich der rechtsgeschäftliche Akt wieder darstellen kann als gegenseitige Übereinkunft der Gesellschafter oder als Aufkündigung des Gesellschaftsverhältnisses seitens eines derselben beziehentlich ausnahmsweise eines Dritten.

Da die stille Gesellschaft stets nur zwischen zwei Personen besteht, so ist ein Ausscheiden oder eine Ausschließung eines Gesellschafters unter Fortbestand der Sozietät hier nicht möglich, die Auflösung sonach stets eine vollständige.

II. Die einzelnen Auflösungsgründe.

1. Gegenseitige Übereinkunft.

Bereits im Gründungsvertrage können die beiden Sozii einen Zeitpunkt festgesetzt haben, in dem die stille Gesellschaft endigen soll; ebenso können sie noch

nachträglich eine Vereinbarung treffen, in welcher sie den Termin für deren Auflösung, mag diese nun sofort oder erst späterhin erfolgen sollen, bestimmen. Der Zeitraum ihres Bestehens kann festgesetzt sein auf eine bestimmte Reihe von Jahren oder für die Dauer eines gewissen Verhältnisses, z. B. die Lebenszeit eines der beiden Gesellschafter oder für die Dauer der Geltung bestimmter Zollgesetze.

Mit Eintritt des entscheidenden Ereignisses löst sich dann die stille Gesellschaft ipso jure auf, sofern sich nicht durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung der Gesellschafter deren Fortsetzung ergibt, und zwar gilt mangels besonderer Vereinbarungen von diesem Zeitpunkte ab der Vertrag als ein auf unbestimmte Zeit geschlossener. Während das a. H.G.B. in Art. 261 Ziff. 4 und 5 diesen Auflösungsgrund ausdrücklich erwähnte, enthält weder das neue Handelsgesetzbuch noch das Bürgerliche Gesetzbuch irgend eine hierauf bezügliche Bestimmung. Die Endigung der Gesellschaft in dieser Weise folgt vielmehr bereits aus allgemeinen Grundsätzen.[1])

2. Kündigung der stillen Gesellschaft.

a) Seitens eines Gesellschafters.

Ist die stille Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so findet sie ihr Ende durch Kündigung seitens eines Sozius, und zwar hat dieselbe, sofern nicht die Parteien ein anderes verabredet haben, sechs Monate vor Ablauf eines Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt

---

[1]) vgl. Planck, B.G.B. II Anm. zu §§ 723—729 S. 471; Knoke S. 103 und Anm. 8.

zu erfolgen.[1]) Die Vorschrift von § 723 des B.G.B. gilt hier nicht, wonach bei einer nicht für eine bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft jeder Gesellschafter selbige jederzeit kündigen kann. Im Interesse beider Gesellschafter hat das Handelsgesetzbuch eine Kündigungsfrist vorgeschrieben. Es soll dem Inhaber des Handelsgeschäftes ein gewisser Zeitraum belassen werden, innerhalb dessen er das zur Berichtigung des Guthabens erforderliche Kapital beschaffen kann, und umgekehrt soll der stille Gesellschafter dessen anderweitige Verwertung vorbereiten können.[2])

Als auf unbestimmte Dauer geschlossen wird die stille Gesellschaft insbesondere auch dann angesehen, wenn sie nach Ablauf der vertragsmäßig festgesetzten Zeit von den beiden Sozii stillschweigend fortgesetzt wird,[3]) [4]) oder wenn sie auf die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist.[3]) Das Gesetz hält eine Bindung auf Lebenszeit für eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit, auch geht es von der richtigen Annahme aus, daß ein solcher Vertrag auf Lebenszeit in der Mehrzahl der Fälle aus Übereilung geschlossen wird.[5])

Ohne Einhaltung der gesetzlichen beziehentlich vertragsmäßig vereinbarten Kündigungsfrist ist jeder Gesellschafter beim Vorhandensein wichtiger Gründe jederzeit

---

[1]) vgl. H.G.B. § 339 juncto § 132.

[2]) vgl. Denkschrift S. 185.

[3]) vgl. H.G.B. § 339 juncto § 134, auch B.G.B. § 724.

[4]) Auch wenn die stille Gesellschaft auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung aber ohne Bestimmung eines Endtermins von den Parteien fortgesetzt wird, gilt sie als auf unbestimmte Zeit geschlossen; vgl. Staub § 134 Anm. 2 S. 437.

[5]) vgl. Motive zum B.G.B. II S. 621.

befugt, die stille Gesellschaft, mag dieselbe für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, sofort[1]) zu kündigen. Wann nun ein wichtiger Grund vorliegt, darüber enthält das Gesetz selbst keine weiteren Bestimmungen, auch hat es auf eine Aufzählung solcher, wie es z. B. das a. H.G.B. in Art. 125 getan hatte, verzichtet.

Nur zwei Gründe bezeichnet es ausdrücklich als wichtige, nämlich den, daß der andere Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder daß die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird; hierbei stehen sich verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit völlig gleich.[2]) Freilich können bereits im Gesellschaftsvertrage gewisse Fälle als wichtige Gründe, die zur sofortigen Kündigung berechtigen, hervorgehoben sein. Im übrigen entscheidet bezüglich der Wichtigkeit des von dem kündigenden Teile geltend gemachten Grundes das freie richterliche Ermessen.[3]) Die in dem Art. 125 des a. H.G.B. aufgeführten mehr ins einzelne gehenden Beispiele sind, wie die Denkschrift ausführt, für die Rechtsprechung ohne wesentlichen Nutzen und deshalb entbehrlich.

---

[1]) vgl. H.G.B. § 339 Abs. 1 S. 2 juncto B.G.B. § 723.

[2]) vgl. Planck, B.G.B. II § 723 Anm. 1b S. 471.

[3]) Als besonders wichtige Gründe, aus denen die sofortige Auflösung der stillen Gesellschaft jederzeit verlangt werden kann, führt Renaud, St. Ges. S. 158—162 u. a. an: Unredlichkeit des Komplementars bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung, Mißbrauch der Einlage, vertragswidrige Veränderung oder Aufgabe des Handelsbetriebes, Krankheit des Inhabers des Handelsgewerbes, nicht rechtzeitige Einzahlung der Einlage seitens des stillen Gesellschafters, Mißbrauch seiner Kontrollrechte usw.

Dies sofortige Kündigungsrecht darf von den Parteien weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung ist kraft absoluter Gesetzesbestimmung nichtig.[1]) Es würde den Grundsätzen der sittlichen und rechtlichen Ordnung widerstreiten, wäre ein Gesellschafter trotz der gewichtigsten Gründe nicht in der Lage, das Gesellschaftsverhältnis einseitig zu lösen. Ist die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt worden, so ist dieser seinem bisherigen Mitgesellschafter zum Ersatze des durch die Aufhebung der Sozietät entstandenen Schadens verpflichtet. Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen sowie aus analoger Anwendung von § 628 Abs. 2 des B.G.B.[2])

Die Kündigung selbst ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche dem anderen Gesellschafter gegenüber abzugeben ist; die Beobachtung einer besonderen Form ist hierbei nicht erforderlich. Die Annahme der Kündigung seitens des anderen Gesellschafters wirkt als Endigung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft.[3]) Doch ist eine solche Zustimmung nicht erforderlich. — Bereits durch die einseitige Kündigungserklärung wird die stille Gesellschaft aufgelöst. Da sie nach außen nicht hervortritt, bedarf es auch keines Richterspruches.[4]) Dagegen erfolgt die

---

[1]) vgl. H.G.B. § 339 juncto B.G.B. § 723 Abs. 3.

[2]) vgl. Knoke S. 106.

[3]) Nicht darf aber aus dem Stillschweigen einer Partei auf die ihr zugegangene Kündigung ohne weiteres deren Zustimmung gefolgert werden; ob eine solche hierin zu finden ist, kann nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles entschieden werden. R.O.H.G. Bd. 12 S. 101 f. Nr. 32.

[4]) vgl. Denkschrift S. 184.

Auflösung der offenen Handelsgesellschaft erst durch richterliches Urteil, welches somit konstitutiven Charakter[1]) trägt. Erkennt der eine Gesellschafter bei der stillen Gesellschaft die Auflösungserklärung des anderen nicht an, so ist dieser zwar gleichfalls gezwungen, eine Entscheidung des Gerichtes herbeizuführen; erachtet letzteres aber den geltend gemachten Auflösungsgrund für erheblich, so endet die Sozietät bereits mit dem Zeitpunkte, in dem die Kündigung der Gegenpartei zugegangen ist, nicht etwa erst mit dem Augenblick der Rechtskraft des Urteils; dieses hat lediglich deklarative Bedeutung.[2])

b) Kündigung der stillen Gesellschaft seitens eines Dritten.

Solange die stille Gesellschaft besteht, ist den Gläubigern des stillen Gesellschafters jedes Recht, sich aus dem letzterem bei Auflösung der Sozietät zukommenden Guthaben zu befriedigen, versagt. Ist nun der Vertrag auf eine lange Reihe von Jahren geschlossen, und hat der stille Gesellschafter sein ganzes beziehentlich den größten Teil seines Vermögens in die Gesellschaft eingeschossen, so könnte dies zu schwerer Benachteiligung seiner Gläubiger führen. Auf Grund dieser Erwägungen hat das Gesetz[3]) bei Vermögensverfall des stillen Sozius

---

[1]) vgl. H.G.B. § 131 Z. 6 und § 133. Zur Zeit des a. H.G.B. war diese Frage kontrovers.

[2]) vgl. Renaud. St. Ges. S. 156; Staub § 339 Anm. 23 S. 1009; Motive zum B.G.B. II S. 619.

[3]) vgl. H.G.B. § 339 juncto § 135. Allerdings ist der Ausdruck Privatgläubiger bei der stillen Gesellschaft ungenau, da es hier ja keine Gesellschaftsgläubiger im Gegensatze dazu gibt.

dessen Gläubigern in gleicher Weise wie den Privatgläubigern eines offenen Handelsgesellschafters unter gewissen Voraussetzungen ein Kündigungsrecht eingeräumt, ohne Rücksicht darauf, ob die stille Gesellschaft auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist. Dieses Recht steht dem Gläubiger des stillen Gesellschafters als ein eigenes selbständig zu; er befindet sich nicht etwa in der Stellung eines gesetzlichen Zessionars[1]) des Schuldners. Die Voraussetzungen, unter denen er zur Ausübung dieses Kündigungsrechtes befugt ist, sind nun im einzelnen folgende: Innerhalb der letzten sechs Monate muß eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters ohne Erfolg versucht worden sein, und ferner muß der kündigende Gläubiger die Pfändung und Überweisung des Anspruches des stillen Gesellschafters auf das diesem bei Beendigung der Sozietät zukommende Guthaben auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels erwirkt haben. Das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht[2]) erläßt, wenn diese Voraussetzungen vorliegen, auf Antrag des Gläubigers ein Verbot an den Komplementar, dem stillen Sozius dessen Guthaben auszuzahlen, und ein Gebot an den letzteren, sich jeder Verfügung über diese Forderung, insbesondere der Einziehung derselben, zu enthalten.[3]) —

Erst wenn durch die Zwangsvollstreckung eine Be-

Dieses Kündigungsrecht besteht vielmehr zugunsten sämtlicher Gläubiger des stillen Sozius vgl. v. Hahn Art. 263 S. 798; Puchelt Art. 263 Anm. 1 S. 678; Renaud, St. Ges. S. 169; Behrend § 94 Anm. 4 S. 677.

[1]) vgl. Lehmann-Ring § 339 Nr. 6 juncto § 135 Nr. 2 S. 294.

[2]) vgl. C.P.O. § 828.

[3]) vgl. C.P.O. § 829.

friedigung des Gläubigers nicht oder nicht vollständig herbeigeführt worden ist, soll es ihm verstattet sein, von dem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen. Während es aber nach dem neuen Handelsgesetzbuch genügt, daß in das Mobiliarvermögen des stillen Sozius ein erfolgloser Pfändungsversuch stattgefunden hat, es auch unerheblich ist, von welchem Gläubiger diese Exekution ausgegangen ist, verlangt andererseits das neue Handelsgesetzbuch, ebenfalls im Gegensatze zum alten Recht,[1]) Vornahme desselben innerhalb der Zeit von sechs Monaten vor der Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsanspruches; denn es kann nicht jeder irgend einmal in früherer Zeit erfolgte Versuch der Zwangsvollstreckung als ausreichend betrachtet werden.[2]) Dies Erfordernis einer der Kündigung vorhergehenden erfolglosen Zwangsvollstreckung ist aufgestellt worden, um schikanösen Anwendungen dieses Kündigungsrechtes entgegenzutreten. Auch ist der Geschäftsinhaber in der Lage, ein „Sprengen der Gesellschaft" durch einen Dritten „wegen einer Forderung von wenigen Talern" dadurch zu verhindern,[3]) daß er den Gläubiger des stillen Gesellschafters befriedigt und das Gezahlte auf den Anteil seines Sozius anrechnet.[4]) Eine weitere Beschränkung des Kündigungsrechtes besteht noch darin, daß die Pfändung und die Überweisung des Anspruches auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder anderweiten nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels erfolgt sein muß.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Kündigung zulässig, und zwar hat sie sechs Monate vor dem

---

[1]) vgl. a. H.G.B. Art. 126.
[2]) vgl. Denkschrift zum Entwurfe eines H.G.B. S. 99.
[3]) vgl. Protokolle S. 4526.
[4]) vgl. Protokolle S. 4526.

Ende des Geschäftsjahres zu erfolgen. Mit diesem Zeitpunkte erlischt die Gesellschaft, sofern nicht der Gläubiger die Kündigung inzwischen widerrufen oder, wie schon erwähnt, durch den Komplementar beziehentlich einen Dritten Befriedigung gefunden hat. — Durch diese Bestimmungen hat der Gesetzgeber den Interessen beider Parteien in möglichst gleicher Weise Rechnung zu tragen gesucht. Wenn er den Gläubigern des stillen Gesellschafters hinsichtlich der Kündigung weitergehende Rechte, als diesem selbst zustehen, eingeräumt hat, so hat er doch andererseits auch durch die oben angeführten Beschränkungen seine Rücksichtnahme auf das Gesellschaftsverhältnis bekundet.

3. Auflösung der stillen Gesellschaft auf Grund gesetzlicher Bestimmung.

Die stille Gesellschaft endet mit dem Tode des Geschäftsinhabers, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag bestimmt hat, daß sie mit dessen Erben fortbestehen soll.[1]) Das gleiche gilt, falls der Komplementar eine offene Handelsgesellschaft, Kommandit- oder Aktiengesellschaft ist, bei deren Auflösung. Dagegen erlischt die stille Gesellschaft nicht mit dem Tode des stillen Gesellschafters,[2]) wie im H.G.B. § 339 Abs. 2 ausdrücklich normiert ist. Denn dieser ist in der Regel lediglich mit einer Vermögenseinlage beteiligt, während er irgend welchen Einfluß auf die Geschäftsführung aus-

[1]) vgl. B.G.B. § 727 Abs. 1.

[2]) Auch die Auflösung einer als stiller Gesellschafter beteiligten juristischen Person oder Handelsgesellschaft hat das Erlöschen der stillen Gesellschaft nicht zur Folge; so Renaud, St. Ges. S. 164; Behrend § 94 Anm. 3 S. 676; — auch Lehmann-Ring § 177 Nr. 2 S. 369.

zuüben nicht berechtigt ist, seine Persönlichkeit als solche somit nicht in Betracht kommt. Allerdings kann unter besonderen Umständen sein Tod für den Komplementar einen wichtigen Grund abgeben, die Auflösung der stillen Gesellschaft zu verlangen.[1])

Der Erbe des stillen Gesellschafters tritt ipso jure mit dem Erbschaftserwerbe an dessen Stelle. Er hat alle Rechte und Pflichten, welche letzterem dem Komplementar gegenüber zustanden. Sind jedoch mehrere Erben vorhanden, so können sie die ihrem Erblasser obliegenden Befugnisse nur gemeinschaftlich ausüben, insbesondere nur eine Abschrift der Bilanz verlangen sowie die Einsicht der Bücher und Papiere nur durch einen von ihnen gemeinsam bestellten Vertreter vornehmen lassen. Denn es würde sich die vertragsmäßige Rechtslage des Komplementars verschlechtern, wenn jeder der Erben einzeln zur Ausübung dieser Kontrollrechte befugt wäre. — Nach Art. 261 Z. 2 des alten Handelsgesetzbuches trat eine Auflösung der stillen Gesellschaft von rechtswegen auch dann ein, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes die Fähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung verlor. Diese Bestimmung kennt das neue Handelsgesetzbuch nicht mehr und ebensowenig Bürgerliche Gesetzbuch; ein Bedürfnis zur Beibehaltung dieser Vorschrift war hier ebenso wie bei der offenen Handelsgesellschaft nicht vorhanden. Mit Recht wird die Befugnis zur sofortigen Kündigung für ausreichend gehalten.[2])

Sowohl nach altem[3]) wie nach neuem[4]) Recht erlischt die stille Gesellschaft mit der Eröffnung des Kon-

[1]) vgl. Puchelt Art. 264 Anm. 2 S. 679.
[2]) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. S. 184 u. S. 98.
[3]) vgl. a. H.G.B. Art. 261 Z. 3.
[4]) vgl. B.G.B. § 728.

kurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes oder des stillen Gesellschafters. Dagegen ist eine Auflösung infolge Konkurses über das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen, da ja bei der stillen Gesellschaft ein solches überhaupt nicht existiert.

Mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Komplementars hört dessen Handelsgewerbebetrieb vollständig auf, es sei denn, daß die Gläubigerversammlung[1]) dessen Fortführung beschlossen habe. Im ersteren Falle erlischt die stille Gesellschaft schon aus dem Grunde, weil mit der Einstellung des Geschäftsbetriebes eine ihrer wesentlichen Voraussetzungen in Wegfall gekommen ist. Aber selbst wenn das Handelsgeschäft weiter betrieben wird, so kann doch dem stillen Sozius nicht zugemutet werden, die Gesellschaft mit dem neuen, ihm unbekannten Inhaber fortzusetzen; ist doch gerade die Individualität der Gesellschafter, das Vertrauen, das sie ineinander setzen, hier wie überhaupt bei jeder Sozietät von wesentlicher Bedeutung. Es ist also auch im letzteren Falle die mit der Konkurseröffnung ipso jure eintretende Auflösung der stillen Gesellschaft durchaus gerechtfertigt. Von diesem Augenblicke an hat der stille Sozius an dem durch die eventuelle Fortführung des Geschäftes entstehenden Gewinn oder Verlust keinen Anteil mehr. Soweit der Betrag seiner Einlage seinen Anteil an dem bisher entstandenen Verlust übersteigt, ist er jedoch gemäß H.G.B. § 341 Abs. 1 zur Geltendmachung dieser Forderung als Konkursgläubiger berechtigt. In gleicher Weise endigt kraft gesetzlicher Vorschrift die stille Gesellschaft auch durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des stillen Sozius. Der Entwurf

[1]) vgl. K.O. § 132 Abs. 1.

zweiter Lesung[1]) enthielt gerade die gegenteilige Bestimmung. Weder der Tod noch der Konkurs des stillen Sozius sollte die Aufhebung der stillen Gesellschaft zur Folge haben. Erst in dritter Lesung wurde obige Änderung beantragt, gegen welche allerdings gewichtige Bedenken[2]) geltend gemacht wurden. Dient sie doch ausschließlich den Interessen der Gläubiger des stillen Gesellschafters, während auf die persönlichen Verhältnisse des Komplementars gar keine Rücksicht genommen wird. Denn dadurch, daß er zur sofortigen Rückzahlung der Einlage in die Konkursmasse angehalten werden kann, obschon er vielleicht gar keinen Anlaß hatte, sich hierauf vorzubereiten, sich vor allem anderweit die Mittel zu verschaffen, deren er zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebes vielleicht gerade in dieser Zeit dringend bedarf,[3]) kann der Geschäftsinhaber in eine höchst bedrängte Lage geraten, ja sogar seinem geschäftlichen Ruin entgegengeführt werden. Unter — freilich allzustarker — Hervorhebung des gesellschaftlichen Elementes der stillen Gesellschaft und im Anschluß an die analoge Bestimmung bei der offenen Handels- und Kommanditgesellschaft ward diese Änderung von der Kommission nun auch für die stille Gesellschaft angenommen. — Wollte man verhindern, „daß jemand sein Vermögen durch dauerndes Einwerfen in ein gesellschaftliches Verhältnis seinem Gläubiger unerreichbar mache“,[4]) so hätte man diese Absicht auch in anderer Weise erreichen können. Viel richtiger ist m. E. der von Lastig[4]) gemachte Vorschlag, welcher eine weit größere Rück-

[1]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 1157 Art. 10.
[2]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 4652.
[3]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 4652.
[4]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 4653.

sichtnahme auf die Interessen des Geschäftsinhabers bekundet, ohne diejenigen der Konkursgläubiger des stillen Sozius über Gebühr zu beeinträchtigen. Statt der mit der Konkurseröffnung ipso jure eintretenden Auflösung der stillen Gesellschaft will Lastig vielmehr den Gläubigern des stillen Sozius ein Kündigungsrecht eingeräumt wissen, vielleicht mit kürzerer als sechsmonatlicher Frist und ohne das gesetzliche Ziel des Jahresschlusses.[1])

Doch auch mit Erlaß des neuen Handelsgesetzbuches ist eine Änderung der bisherigen Vorschriften nicht eingetreten.

Als neuer die Auflösung der stillen Gesellschaft ipso jure herbeiführender Grund tritt gemäß B.G.B. § 726 die Erreichung oder Unmöglichkeit der Erreichung des vereinbarten Zweckes hinzu. Da die stille Gesellschaft nach außen nicht hervortritt, hielt man es nicht für unangemessen, eine Endigung derselben in dieser Weise zuzulassen.[2]) — Bei der offenen Handelsgesellschaft hingegen bilden diese Tatsachen auch nach dem neuen Handelsgesetzbuch lediglich einen wichtigen Grund, der zur Erhebung der Auflösungsklage berechtigt.[3]) Im Hinblick auf die Erwägungen, daß der Gesellschaftszweck selten auf enge Grenzen eingeschränkt ist, es somit auch nicht an Meinungsverschiedenheiten darüber fehlen wird, ob er noch erreichbar sei oder nicht, hatte man sich bereits in den Nürnberger Kommissionsverhandlungen[4]) gegen eine ipso jure eintretende Auflösung der offenen Handelsgesellschaft im Falle der

---

[1]) vgl. Lastig, St. Ges. § 140 VI S. 742.
[2]) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. S. 184.
[3]) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. S. 98.
[4]) vgl. Nürnberger Protokolle S. 235.

Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes ausgesprochen.

Richtiger wäre es gewesen, der Gesetzgeber hätte auch bei der stillen Gesellschaft diese Bedenken für maßgebend erachtet und sich damit begnügt, den Gesellschaftern bei Eintritt jener Tatsachen ein sofortiges Kündigungsrecht als aus einem wichtigen Grunde gemäß B.G.B. § 723 zu gewähren. — In Betracht kommt hierbei noch der Umstand, daß nach Auflösung der Gesellschaft eine Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern stattzufinden hat, bei welcher natürlich ein bestimmter Endtermin zugrunde zu legen ist. Ein solcher bestimmter Zeitpunkt aber, an welchem der Gesellschaftszweck erreicht, oder seine Erreichung unmöglich geworden ist, wird sich nur schwer, ja in vielen Fällen wohl überhaupt nicht feststellen lassen.

Höchst verschiedenartig können die Gründe sein, aus denen die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist. Auch muß man eine Unmöglichkeit schon dann als vorhanden annehmen, wenn sich so große Schwierigkeiten ergeben haben, daß die Erreichung in der vereinbarten Weise nicht mehr möglich ist,[1]) eine solche vielmehr nur noch unter der Voraussetzung ungewöhnlicher, günstiger Ereignisse erwartet werden darf. Da aber der gesellschaftliche Zweck in der Regel auf Erzielung von Gewinn[2]) hinausläuft, so kann z. B. ein nutzbringender Betrieb schon durch Auflegung neuer Zölle, durch Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, durch Einführung neuer Erfindungen unmöglich werden. Das gleiche gilt beim Erlaß neuer die Einfuhr oder

---

[1]) vgl. Planck, B.G.B. II § 726 S. 474.
[2]) vgl. v. Hahn Art. 125 § 7 Nr. 1b S. 483.

Ausfuhr beschränkender oder gar verbietender Bestimmungen, sowie bei Verlust oder erheblicher Minderung des Geschäftskapitales. Ebenso hat die Aufgabe des Handelsgewerbes beziehentlich die Veräußerung des Geschäftes seitens des Komplementars an einen andern ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters die Endigung der stillen Gesellschaft ipso jure zur Folge.

Daß der Komplementar, wenn er sich dadurch eines vertragswidrigen Verhaltens schuldig macht, dem stillen Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet ist, ist schon oben ausgeführt worden.[1])

§ 12.

Die Wirkungen der Auflösung der stillen Gesellschaft.

Entsprechend ihrer Natur als Innengesellschaft äußert auch die Auflösung der stillen Gesellschaft ihre Wirkungen nur unter den beiden Gesellschaftern, während das Verhältnis des Geschäftsinhabers Dritten gegenüber unberührt bleibt. Dieser ist zur Fortsetzung seines Handelsgewerbes, zur Eingehung neuer Geschäfte in gleicher Weise wie zur Zeit des Bestandes der Sozietät befugt und haftet seinen Gläubigern ebenso wie zuvor. Dagegen endigt mit Auflösung der stillen Gesellschaft die Teilnahme des stillen Sozius am Geschäftsergebnis, an Gewinn und Verlust. Er hat gegen den Komplementar nur noch einen Anspruch auf Berichtigung des ihm bei der Auseinandersetzung eventuell zukommenden Guthabens. Zum Zwecke der Feststellung dieses Be-

[1]) vgl. oben Abhandlung § 6 S. 40 f.

trages ist letzterer zur Vorlegung einer Schlußbilanz verpflichtet, wobei als maßgebend für die Berechnung — abgesehen von den noch schwebenden Geschäften — der Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft in Betracht kommt. Sofern sich für den stillen Gesellschafter ein Aktivsaldo ergibt, ist dieser in Geld zu berichtigen, wie das H.G.B. in § 340 Abs. 1 ausdrücklich normiert hat. Jedoch sind Gegenstände, die dem Komplementar nur zum Gebrauch oder zur Benutzung überlassen waren, soweit sie noch vorhanden sind, in natura zurückzugeben.[1]) Auch ein Passivsaldo kann für den stillen Gesellschafter resultieren, und zwar in dem Falle, daß er eine verfallene Einlage noch nicht geleistet hat. Es beläuft sich seine Schuld dann auf den Betrag, um welchen seine Einlage, — hätte er sie während des Bestandes der Sozietät voll eingezahlt, — durch Verlust vermindert worden wäre. Hat er jedoch die Einzahlung der Einlage bereits voll bewirkt, oder hat er keinen Anteil am Verluste, so ist ein Passivsaldo ausgeschlossen. Übrigens ist auch solch ein Passivsaldo lediglich eine Geldschuld, gleichviel welcher Art die versprochene Einlage war.[2]) — Die zur Zeit der Auflösung noch schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgewerbes abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt an dem Gewinn beziehentlich Verluste teil, welcher sich aus diesen Geschäften ergibt. Diese neue Fassung des Abs. 2 von H.G.B. § 340 ist richtiger als die des alten Handelsgesetzbuchs, welches von Liquidation

---

[1]) vgl. B.G.B. § 732.

[2]) So Behrend § 94 V Anm. 25 S. 680; Staub § 340 Anm. 7 S. 1011. Das Handelsgesetzbuch enthält hierüber keine Bestimmung. — Anderer Ansicht ist Lehmann-Ring § 340 Nr. 4 S. 677.

der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte seitens des Komplementars sprach, obgleich bei der stillen Gesellschaft eine eigentliche Liquidation gar nicht stattfinden kann, da es ja an einer auseinanderzusetzenden Vermögensgemeinschaft fehlt.[1]) Der Komplementar beendigt die Geschäfte nach seinem eigenen Ermessen, so wie es ihm am vorteilhaftesten dünkt.[2]) Allerdings ist er hierbei zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes [3]) verpflichtet, er haftet nicht etwa wie zur Zeit des Bestandes der Sozietät bloß für culpa in concreto, denn mit Auflösung der stillen Gesellschaft ist das Gesellschaftsverhältnis beendet, und gilt es nicht, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes insoweit für fortbestehend, als der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. — Ausdrücklich hat das neue Handelsgesetzbuch, um eine ordnungsmäßige Auseinandersetzung auch hinsichtlich der zur Zeit der Auflösung noch nicht erledigten Geschäfte herbeizuführen, dem stillen Gesellschafter gewisse Kontrollrechte eingeräumt. Am Schlusse jedes Geschäftsjahres kann er Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, sowie Auskunft über

---

[1]) Da der Komplementar nicht als eigentlicher Liquidator zu betrachten ist, so kommen auch die Bestimmungen von H.G.B. §§ 146 und 147 über Ernennung bez. Abberufung eines Liquidator nicht zur Anwendung, selbst wenn ersterer die Auseinandersetzung nicht ordnungsmäßig vornimmt; vgl. Staub § 340 Anm. 12 S. 1012; Behrend § 94 II Anm. 7 S. 677; R.G.E. Bd. 19 S. 170. — In diesem Falle kann der stille Gesellschafter sich jedoch, wie Behrend richtig ausführt, durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gemäß C.P.O. §§ 935 f. schützen.

[2]) vgl. B.G.B. § 740 Abs. 1.

[3]) Der gleichen Ansicht sind Staub § 340 Anm. 11 S. 1012; Lehmann-Ring § 340 Nr. 5 S. 677.

den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen;[1]) da er aber nicht mehr Gesellschafter ist, steht ihm ein Recht[2]) auf Einsicht der Bücher nicht zu. Soweit die Geschäfte beendigt sind, ist er weiterhin berechtigt, die Auszahlung des ihm gebührenden Gewinnbetrages zu verlangen.

Ist die Auflösung der stillen Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars herbeigeführt, so erfolgt die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern, sowie die Beendigung noch schwebender Geschäfte durch den Konkursverwalter gemäß den Vorschriften der Konkursordnung.

Da die Beendigung der stillen Gesellschaft auf die Rechtslage der Gläubiger des Komplementars keinen Einfluß ausübt, so kommen hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche ausschließlich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts,[3]) nicht dagegen die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen, in §§ 159 und 160 des H.G.B. enthaltenen speziellen Vorschriften über eine kürzere Verjährungsfrist zur Anwendung.

---

[1]) vgl. H.G.B. § 340 Abs. 3; ebenso B.G.B. § 740 Abs. 2.
[2]) vgl. Planck, B.G.B. II § 740 S. 483.
[3]) vgl. B.G.B. §§ 194—225.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.